جامعة الدول العربية

معهد الدراسات العربية العالية

محاضرات

في

الوقف

ألقاها الأستاذ

محمد أبو زهرة

[على طلبة قسم الدراسات القانونية]

١٩٥٩

١٩٥٩

مطبعة احمد علي مخيمر ت ٤٧١٩٣

جامعة الدول العربية

معهد الدراسات العربية العالية

محاضرات في الوقف

ألقاها الأستاذ

محمد أبو زهرة

[على طلبة قسم الدراسات القانونية]

١٩٥٩

١٩٥٩

بسم الله الرحمن الرحيم

إن الحمد لله تعالى نحمده ، ونستعينه ، ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا ، من يهد الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادى ، ونصلى ونسلم على سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه أجمعين .

أما بعد فقد عهد إلىّ معهد الدراسات العربية أن ألقى محاضرات فى الوقف على طلبة شعبة القانون فى ذلك المعهد ، وطلب إلى أن أدونها ، فكتبتها ، وكانت ذلك الكتاب الذى نقدمه لقراء العربية ، ورجال القانون خاصة ، وإنه دراسة مقارنة للوقف فى أصله الفقهى ، وفى مصارفه ، وملكيته ، وتأبيده وتوقيته ، وشروط الواقفين ومداها ، والولاية عليه وحدودها إلى آخر ما يشتمل عليه الكلام فى الأوقاف من قواعد ومباحث ، وتفريعات فى قليل من الأحيان ، وقد كانت الدراسة مقارنة بين المذاهب الأربعة بعضها مع بعض ، وبين المذاهب الأخرى الإمامية والزيدية والإباضية والظاهرية .

وقد رأينا أن نتقدم بتمهيد نبين فيه الأدوار التى مر بها الوقف فى الديار المصرية والسورية ، وموضوع الوقف ، وكيف كان فى الدور والحوانيت إبتداء ، ثم عم الأراضى الزراعية ، وكيف كان يرى الملوك فيه تقييداً لسلطانهم على الأراضى ، وكيف تطورت الفكرة فى هذين الإقليمين اللذين صارا بتوفيق الله تعالى دولة واحدة ، ثم كيف دخلت التعديلات المختلفة المصلحة المخففة من الأضرار التى بدت فى هذا النظام .

ولقد أدى الأمر فى هذه الدولة الموحدة إلى إلغاء الوقف الأهلى أو الذرى ، وقد تم الإلغاء فى سوريا قبل أن يتم فى مصر وقد تم فى الأخيرة فى سبتمبر سنة ١٩٥٢ بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .

وبقى الوقف الخيرى لم يمس ولم يمنع ، ولكن ما صدرت به القوانين ، من تخويل الوزارة القائمة على الأوقاف حق التغيير فى مصارفه ، وجعل السلطان فى الجملة لها فى إدارة الأوقاف ، جعل الناس يحجمون عن الأوقاف حتى الخيرى منها ، بل إن الكثيرين من الواقفين الأحياء أخذوا يرجعون عن أوقافهم ، كما أجاز القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ، ولعل الأوقاف الخيرية المستمرة هو وقف المسجد والوقف عليه .

والبلاد العربية الأخرى ما زال الوقف فيها قائماً بنوعيه ، فالعراق لم تلغ الوقف الذرى ، ولم تفكر فى إلغائه بل إنها إلى الآن لم تصدر تعديلا فى أحكام الزواج والطلاق .

والبلاد اللبنانية لم تلغ الوقف الأهلى ، ولكنها أخذت بالإصلاحات التى جاء بها القانون الصادر فى سنة ١٩٤٦ برقم ٤٨ فاقتبست أكثر أحكامه ، وحررت بعض عباراته .

وإن هذا التصدير فيه كشف عن النتائج التى تحققت فى الماضى من الأوقاف ، والثمرات التى نتجت عنها سواء أكانت مرة أم كانت حلوة ، وسواء أكانت مريئة أم كانت وبيئة .

وإنا نضرع إلى الله تعالى أن يوفقنا فيما نكتب ، وأن يهدينا ، فإنه لا هداية لنا إلا بهديه ، ولا نجاح لنا إلا بتوفيقه ، إنه نعم المولى ونعم المصير ؟

٢٤ من جمادى الآخرة سنة ١٣٧٨
٤ من يناير سنة ١٩٥٩

محمد أبو زهره

بسم الله الرحمن الرحيم

تمهيد فى

تاريخ الوقف

ما قبل الإسلام :

١ — الوقف هو منع التصرف فى رقبة العين التى يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها وجعل المنفعة لجهة من جهات الخير ابتداء وانتهاء وهذا التعريف هو أصدق تعريف مصور جامع لصور الوقف عند الفقهاء الذين قرروه .

ومعنى الوقف كان ثابتاً عند الأقدمين قبل الإسلام ، وإن لم يسم بهذا الإسم ، وذلك لأن المعابد كانت قائمة ثابتة وما رصد عليها من عقار ينفق من غلاته على القائمين على هذه المعابد كان قائما ثابتاً ، ولا يمكن تصور هذا إلا على أنه فى معنى الوقف ، أو هو على التحقيق وقف، ولذلك لما أنكر أبو حنيفة الحقيقة الشرعية للوقف ، لم يستطع أن ينفى وقف المسجد ولزومه ، لأن المساجد كانت قائمة قبل الإسلام ، فالبيت الحرام والمسجد الأقصى كانا قائمين ، وكذلك كانت المعابد من كنائس وبيع وأديرة كانت قائمة ، ولا يتصور أن تكون مملوكة لأحد من العباد ، ومنافعها لجميع الذين يتعبدون فيها . ولذلك لا مناص لنا من أن نقرر أن الوقف كان موجوداً بمعناه قبل الإسلام ، كما أن البيع والإجارة والنكاح وغيرها من العقود كانت موجودة قبل الإسلام ، وأقرها الإسلام ووضع لها نظما تمنع الغش والغبن ، وتجعلها فى دائرة الحق والعدل .

٢ — ولكن الوقف فى الإسلام ليس مقصوراً على المعابد والمناسك وما أرصد لها من أموال ينفق من غلاتها عليها ، بل إنه يتجاوز المعابد إلى جميع أنواع

الصدقات ، فهو يشـــمل الوقف على الفقراء والمحتاجين ، كما يشمل الوقف على الاعتاق ، والوقف على القرض الحسن ، ويكون من الغلات . بل إنه يتجاوز الوقف على القربات التى يكون الوقف عليها من قبيل العبادة أو التقرب إلى الله بها — إلى الوقف على من يحب من الأهل والأقارب . والأولاد والذرية على كلام فى هذا ، فهل يوجد ذلك النوع من التصرفات قبل أن يوجد فى الفقه الإسلامى ؟

يقرر بعض الكتاب فى تاريخ القانون أن القانون المصرى القديم عرف معنى الوقف على الأسرة ، فقد وجد فيه صورة عقد هبة صدر من شخص لابنه الأكبر ، وأمره بصرف الغلات لإخوته على أن تكون الأعيان غير قابلة للتصرف فيها ، وقد جاء فى مرسوم دهشور أن الأراضى التى منع التصرف فيها تكون غلتها لمن له استحقاقها [1] » .

وقد يقول قائل إن هـــذا يخالف حقيقة الوقف الإسلامى فى المعنى من ناحيتين :

أولاهما — أن هذا عقد هبة ، وليس وقفاً إذ هو تمليك مقيد والوقف فى حقيقة معناه ليس تمليكا لأحد من العباد . والفرق بين الهبة والوقف من هذه الناحية واضح .

والثانية — أن العين الموقوفة تكون على حكم ملك الله ، بينما العين الموهوبة تكون مملوكة للموهوب له ، وإن قيد التصرف فى المنافع .

٣ — ونقول فى الإجابة عن ذلك . إن العقد فى القديم ، وإن ذكر أنه هبة - هو فى معناه وبمقتضى القيود التى قيد بها التصرف فى الرقبة هو وقف ، ومن المقررات فى الفقه الإسلامى أن العبرة بالمقاصد والمعانى . لا بالألفاظ والمبانى

(١) راجع فى هذا الكتاب تاريخ القانون لزميلنا الأستاذ الدكتور شفيق شحاته ص ٣٢ ، ٣٥ ، ٤٧ .

فمن باع عينا بلفظ الهبة وذكر الثمن على أن يكون حالا فإن العقد يكون بيعاً . ولا يكون هبة ، وكذلك هنا اللفظ هبة ، والحقيقة وقف .

وأما الناحية الثانية — وهو كون العين مملوكة للمتولى شئون الوقف فإن ذلك لا يمنع ثبوت حقيقته ، لأن الفقهاء لم يتفقوا على ملكية العين الموقوفة . فأبو يوسف ومحمد وغيرهما من فقهاء المذهب الحنفى قرروا أن العين تكون على حكم ملك الله تعالى ، والمالكية قرروا أن الملكية تكون ثابتة للواقف ، واختار ذلك الرأى ابن الهمام من فقهاء الحنفية فى فتح القدير ، والحنابلة قالوا إن الملكية تكون للموقوف عليهم المعينين ، ولا شك أن ماجاء فى القانون المصرى القديم أقرب إلى المذهب الحنبلى ، ذلك أنه جعل الملكية للمتولى شئون الوقف ، وإنه مع هذا الاختلاف بين فقهاء المسلمين لا تستطيع أن تقرر أن ذلك النوع من العقود القديمة مغاير لتصرف الوقف بمقتضى النظام الذى قرره الفقهاء ، على أن لنا كلاماً فى الوقف على الذرية سنبينه فى موضعه إن شاء الله تعالى .

تاريخ الوقف فى الإسلام :

٤ — يعتمد وجود الوقف فى الفقه الإسلامى على ثلاثة أصول :

أولها — قول النبي صلى الله عليه وسلم : « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية ، أو علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له » فإن الصدقة الجارية المذكورة فى الحديث تتحقق فى الوقف على أصل معناه المقرر الثابت ، وهو كونه نوعا من الصدقات .

ثانيها — ما روى من أن عمر بن الخطاب : « أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول إنى أصبت أرضاً بخيبر لم أحب مالا قط أنفس عندى عنه ، فما تأمرنى به ؟ قال إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها ، فتصدق بها عمر ، أنها لا تباع ولا توهب ولا تورث ، وتصدق بها فى الفقراء وفى الرقاب ،

وفى سبيل الله ، وابن السبيل والضيف لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ، ويطعم غير متمول ».

الأصل الثالث — ما يثبت من أن الصحابة جميعاً قد وقفوا .

وفى الرواية عن الصحابة كلام ، لأن الراوى هو الواقدى ، وفى روايته كلام

الانحراف بالوقف عن معنى الصدقة :

٥ — كان وقف عمر رضى الله عنه صدقة خالصة كلها فى مصارف الزكاة ، وبر ذوى الرحم ، وقد قرأ كتابه على جمع من المهاجرين والأنصار ، ليكون ذلك شهراً له وإعلاناً ، وكان هذا بعد وفاة النبى صلى الله عليه وسلم ، فلما وقف ليقرأ هم المسور بن مخرمة أن يقول : «إنك تحتسب الخير وتنويه ، وإنى أخشى أن يأتى رجال لا يحتسبون مثل حسبتك ، ولا ينوون مثل نيتك ، ويحتجون بك فتنقطع المواريث » ولكنه جمجم بذلك القول ، واستحيا أن ينطق به حتى لا يفتات بقوله على المهاجرين والأنصار ، وهم بشرع الله أعلم . وبمصالح المسلمين أكثر إدراكا .

ولكن ذلك المعنى الذى جاش بقلب المسور كان حقيقة واقعة من بعد ذلك ، فإنه لم يمض عصر الصحابة أو لم يقارب آخره حتى أخذ بعض الواقفين ينحرفون بالوقف عن مقصد القربى فيه إلى استخدامه ليتحكموا فى بعض التركة أو فى كلها بعد موتهم . وظهر ذلك فى آخر عصر الصحابة . وشاع بين الكثيرين اتخاذ الوقف طريقاً لحرمان بعض البنات من نصيبهن . حتى لقد صاحت أم المؤمنين عائشة باستنكار ذلك . فكانت تقول : «ما وجدت للناس مثلا اليوم فى صدقاتهم إلا كما قال الله عز وجل : «وقالوا ما فى بطون هذه الأنعام خالصة لذكورنا ، ومحرم على أزواجنا ، وإن يكن ميتة فهم شركاء ، والله إنه ليتصدق الرجل بالصدقة العظيمة على ابنته ، فترى غضارة صدقته عليها ، وترى ابنته الأخرى ، وإنه لتعرف

عليها الخصاصة لما أبوها أخرجها من صدقته »[1] .

ولقد هم عمر بن عبد العزيز أن يرد صدقات الناس التى أخرجوا منها النساء ، ولكن سبق إليه الموت ، فماتت معه فكرته .

ولقد كثرت الأوقاف فى العصر الأموى كثرة عظيمة بمصر والشام ، وغيرهما من البلاد المفتوحة بسبب ما أغدقه الفتح على المجاهدين ، فتوافرت لديهم الأموال ، وتوافرت لديهم الدور ، والحوانيت ، كما امتلك الكثيرون المزارع والحدائق فى منابت فى الصحراء العربية .

الأوقاف فى مصر والشام :

٦ — كثرت الأوقاف فى مصر والشام كثرة واضحة ، حتى صارت للأحباس إدارة خاصة بمصر تشرف عليها ، وترعاها ، وأول من فعل ذلك توبة بن نمير قاضى مصر فى زمن هشام بن عبد الملك ، فقد كانت الأحباس فى أيدى أهلها ، وفى أيدى الأوصياء . فلما ولى توبة قال : « ما أرى مرجع هذه الصدقات إلا إلى الفقراء والمساكين ، فأرى أن أضع يدى عليها حفظاً لها من الضياع والتوارث ، ولم يمت توبة حتى صار للأوقاف ديوان مستقل عن بقية الدواوين للقاضى عليه الإشراف[2] .

وكان لأهل مصر والشام رغبة شديدة فى الأحباس ولعل ذلك قد قر فى نفوس المصريين من قبل الإسلام ، ولقد حدث أن ولى قضاء مصر اسماعيل ابن اليسع الكندى من قبل المهدى ، وكان يرى رأى أبى حنيفة فى عدم لزوم الأوقاف ، وإبطالها بعد وفاة الواقف ، وقد نفذ رأى شيخه أبى حنيفة ، فتململ به المصريون وأبغضوه ، وذهب إليه الليث بن سعد فقيه مصر ، وقال له : « جئت مخاصماً لك !! فقال له فيماذا؟ قال فى إبطالك أحباس المسلمين ، قد حبس رسول الله

---

(١) المدونة الكبرى ج ٤ ص ٢٤٥ طبع الساسى .

(٢) تاريخ القضاه للكندى .

صلى الله عليه وسلم، وأبو بكر، وعمر ، وعثمان ، وعلى ، والزبير فمن بعد . ثم كتب للمهدى كتاباً جاء فيه : « إنك وليتنا رجلا يكيد سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أظهرنا ، مع أنا ما علمناه فى الدينار والدرهم إلا خيراً »[1] .

٧ — وهل يصح لنا أن نقول إن تغلغل الوقف على الذرية فى نفوس المصريين امتداد لتاريخهم القديم ؟ قد يكون ذلك ، ولكنه مهما يكن فى صيغته وأوضاعه يمت إلى الفقه الإسلامى بسبب ، ولذلك وجدنا فى كتاب الأم للشافعى صورة حجة وقف صدرفى حياته ، وهذا نصها كما رواها الربيع بن سليمان :

« هذا كتاب فلان بن فلان الفلانى فى صحة من بدنه وعقله ، وجواز أمره ، وذلك فى شهر كذا من سنة كذا أنى تصدقت بدارى التى بالفسطاط من مصر فى موضع كذا ، أحد حدود جماعة هذه الدار ينتهى إلى كذا ، والثانى ، والثالث ، والرابع (أى بقية الحدود) تصدقت بجميع هذه الدار ، وعمارتها من الخشب والبناء ، والأبواب ، وغير ذلك من عمارتها ، وطرقها ، ومسايل مائها ، وأرفاقها ومرتفقها ، وكل قليل وكثير هو فيها ومنها ، وكل حق هو داخل فيها وخارج منها ، وحبستها صدقة بتة مسبلة لوجه الله ، وطلب ثوابه لا تنوية فيها ولا رجعة - حبساً محرمة لا تباع ، ولا تورث ، ولا توهب ، حتى يرث الله الأرض ومن عليها ، وهو خير الوارثين ، وأخرجتها من ملكى ، ودفعتها إلى فلان بن فلان يليها بنفسه وغيره ممن تصدقت بها عليه ، على ما شرطت وسميت فى كتابى هذا وشرطى فيه أنى تصدقت بها على ولدى لصلبى ، ذكرهم وأنثاهم ، من كان منهم حياً اليوم ، أو حدث بعد اليوم ، وجعلتهم فيه سواء ، ذكرهم وأنثاهم صغيرهم وكبيرهم شرعاً فى سكناها وغلتها، لا يقدم واحد منهم على صاحبه ، مالم تتزوج بناتى ، فإذا تزوجت واحدة منهن وباتت إلى زوجها انقطع حقها ما دامت عند زوج ، وصار بين الباقين من أهل صدقتى ، ما بقى من صدقتى يكونون فيها شرعاً ما كانت ذات زوج ،

---

[1] راجع تايخ القضاة ص ٣٧١ ، ٣٧٢ ، ٣٧٣ طبع لويس شيخو .

فإذا رجعت بموت زوج أو طلاق كانت على حقها من دارى كما كانت عليه قبل أن تتزوج ، وكلما تزوجت واحدة من بناتى فهى على مثل هـذا الشرط ، تخرج من صدقتى ناكحة ، ويعود حقها فيها مطلقـة ، أو ميتاً عنها لا تخرج واحدة من صدقتى إلا بزوج ، وكل من مات من ولدى لصلبي ذكرهم وأنثاهم رجع حقه على الباقين معه من ولدى الذكور لصلبي ، وليس لولد البنـات من غير ولدى شيء ، ثم لولد ولدى الذكور من الإناث والذكور فى صدقتى هذه ، على مثل ما كان عليه ولدى لصلبي ، الذكر والأنثى فيه سواء ، وتخرج المرأة منهم من صدقتى بالزوج ، وترد إليه بموت الزوج أو طلاقه ، وكل من حدث من ولدى الذكور من الإناث والذكور فهو داخل فى صدقتى مع ولد ولدى ، وكل من مات منهم رجع حقه على الباقين ، حتى لا يبقى من ولد ولدى أحـد ، فإذا لم يبق من ولد ولدى الصلبي أحد كانت هذه الصدقة بمثل هـذا الشرط على ولد ولد ولدى الذكور الذين إلىّ عمود نسبهم لا يخرج منهم إلا امرأة بالزوج ، وترد إليها بموته وفراقه ، ويدخل عليهم من حدث أبداً من ولد ولدى ، ولا يدخل قرن ممن إلىّ عمود نسبهم من ولد ولدى ما تناسلوا على القرن الذين هم أبعد إلى منهم ما بقى ، من ذلك القرن أحد ، ولا يدخل عليهم من ولد بناتى الذين إلىّ عمود انتسابهم ، إلا أن يكون من ولد بناتى من هو من ولد ولدى الذكور الذين إلىّ عمود نسبهم فيدخل مع القرن الذين عليهم صدقتى لولادتى إياه من قبل أبيه لا من قبل أمه ، ثم هكذا صـدقتى أبداً على من بقى من ولد أولادى الذين إلىّ عمود نسبهم وإن سفلوا أو تناسلوا ، حتى يكون بينى وبينهم مائة أب أو أكثر ما بقى أحد إلىّ عمود نسبه ، فإذا انقرضوا كلهم فلم يبق منهم أحد إلىّ عمود نسبه ، فهذه الدار حبس صدقة لا تباع ولا توهب ، ولا تورث لوجه الله على ذوى رحمى المحتاجين من قبل أبى أو أمى يكونون فيها شرعاً سواء ذكرهم وأنثاهم ، والأقرب إلىّ منهم والابعد منى ، فإذا انقرضوا ولم يبق منهم أحد ، فهذه الدار حبس على موالى الذين أنعمت عليهم ، وأنعم عليهم آبائى بالعتاقة لهم وأولادهم وأولاد أولادهم ما تناسـلوا ذكرهم وأنثاهم ، صغيرهم وكبيرهم ،

ومن قرب منهم ومن بعد إلىّ وإلى آبائى نسبة بالولاء أو نسبة إلى من صار مولاى بولاية ـ سواء ، فإذا انقرضوا ، ولم يبق منهم أحد ، فهذه الدار حبس صدقة لوجه الله تعالى على من يمر بها من غزاة المسلمين وأبناء السبيل وعلى الفقراء والمساكين من جيران هذه الدار . وغيرهم من أهل الفسطاط وأبناء السبيل والمارة ، من كانوا ، حتى يرث الله الارض ومن عليها ... ويلى هذه الدار فلان ابن فلان ابنى الذى وليته فى حياتى وبعد موتى ما كان قوياً على ولايتها . أميناً عليها بما أوجب الله تعالى ، من توفير غلة إن كانت لها ، والعدل فى قسمها ، وفى إسكان من أراد السكنى من أهل صدقتى بقدر حقه ، فإن تغيرت حال فلان ابن فلان ابنى بضعف فى ولايتها . أو قلة أمانة فيها . وليها من ولدى أفضلهم ديناً وأمانة على الشروط التى شرطت على ابنى فلان . ويليها ما قوى وأدى الامانة ، فإذا ضعف وتغيرت أمانته ، فلا ولاية له فيها . وتنتقل الولاية إلى غيره من أهل القوة والامانة من ولدى ، ثم كل قرن صارت هذه الصدقة إليه وليها من ذلك القرن أفضلهم قوة وأمانة ، ومن تغيرت حاله ممن وليها بضعف أو قلة أمانة نقلت ولايتها عنه إلى أفضل من عليه صدقتى قوة وأمانة . وهكذا كل قرن صارت صدقتى هذه إليه ، يليها منهم أفضلهم ديناً وأمانة على ما شرطت فى ولدى ما بقى منهم أحد ، ثم من صارت إليه هذه الدار من قرابتى أو موالى ، وليها ممن صارت إليهم ـ أفضلهم ديناً وأمانة ، ما كان فى القرن الذى تصير إليهم هذه الصدقة ذو قوة وأمانة ، وإن حدث قرن ليس فيهم ذو قوة وأمانة ـ ولى قاضى المسلمين صدقتى هذه من يحمل ولايتها بالقوة والامانة من الناس أقرب إلىّ رحماً ما كان ذلك فيهم ، فإن لم يكن ذلك فيهم فمن موالى ، وموالى آبائى الذين أنعمنا عليهم ، فإن لم يكن ذلك فيهم فرجل يختاره الحاكم من المسلمين ، فإن حدث من ولدى أو ولد ولدى ، أو من موالى رجل له قوة وأمانة نزعها الحاكم من يدى من ولاه من قبله وردها إلى من كان قوياً أميناً ممن سميت . . . وعلى كل وال يليها أن يعمر ما وهى من هذه الدار ، ويصلح ما خاف فساده منها ، ويفتح الابواب ، ويصلح منها ما فيه

الصلاح لها ، والمستزاد فى غلتها وسكنها مما يجتمع من غلة هذه الدار ، ثم يفرق ما بقى منه على من له هذه الغلة سواء بينهم ، على ما شرطت لهم ، وليس للوالى من ولاة المسلمين أن يخرجها من يدى من وليته إياها ، ما كان قوياً أميناً ، ولا من يدى أحد من القرن الذين تصير إليهم ما كان فيهم من يستوجب ولايتها بالقوة والامانة ، ولا يولى غيرهم ، وهو يجد فيهم من يستوجب الولاية ، يشهد على إقراره فلان بن فلان ، وفلان بن فلان »[1] .

٨ — من هذه الوثيقة التاريخية نعرف أن أهل مصر ، ومثلهم أهل الشام كانت أحباسهم فى أواخر القرن الثانى وأوائل القرن الثالث تشبه فى شروطها ومصارفها أحباسهم فى القرن الرابع عشر الهجرى ، وإن كان توالى الاوقاف على هذا النحو على الذرية حرر العبارات ، وأوجزها ، فصار يقال أولاد البطون وأولاد الظهور بدل أولاد البنات ، وصار يقال جيلا بعد جيل بدل قرنى ، وعمود النسب إلىّ .

ويلاحظ فيها بصريح اللفظ حرمان أولاد البنات ، وقصر الانتفاع على أولاد الظهور، وهو فى هذا أيضا يشبه الأوقاف فى عصرنا ، وواضح أن فى هذه الوثيقة حرمان البنات المتزوجات ما دامت الزوجية قائمة .

وبهذا نجد الحاضر متصلا بالماضى اتصالا وثيقاً من حيث مصارف الأوقاف التى سميت فى العصور الأخيرة بالأوقاف الأهلية فى مصر ، وسميت بالأوقاف الذرية فى الشـام .

وعلى ذلك نقرر أن الأوقاف من قديم الزمان عرفت فى مصر على نوعين ، نوع يقصد فيه القربة ابتداء ، ونوع يقصد فيه القربة انتهاء ، وكانت للدولة رعاية خاصة على النوعين من الأوقاف ، لأنها فى مآلها تئول إلى جهة البر إذا كانت فى أول أمرها على الأهل والذرية ، وكانت الأوقاف تابعة للقضاة ، وكان لبعض القضاة فضل عناية خاصة برعايتها . وقد جاء فى تاريخ القضاة للكندى أن أبا الطاهر

---

(١) الأم الجزء الثالث ص ٢٨١ ، ٢٨٢ ، ٢٨٣ .

عبد الملك بن محمد الحزمى الذى ولى قضاء مصر سنة ١٧٣ هـ كان يتفقد الأحباس بنفسه ثلاثة أيام فى كل شهر ، يأمر بمرمتها وإصلاحها وكنس ترابها ، ومعه طائفة من عماله عليها ، فإن رأى خللا فى شىء منها ضرب المتولى عليها عشر جلدات (١) .

٩ — ومع كثرة الأوقاف فى مصر لم تتجاوز الدور والرباع فلم يعرف قبل الأخشيدية أن أحداً عمد إلى أرض زراعية فوقفها ، هكذا روى الثقات من المؤرخين ، فقد قال المقريزى : « إن الأحباس لم تكن إلا فى الرباع وما يجرى مجراها ، وأما الأراضى فلم يكن سلف الأمة يتعرضون لها ، حتى ان أحمد بن طولون لما بنى الجامع والمارستان والسقاية وحبس على ذلك الأحباس الكثيرة لم يكن فيها سوى الرباع ونحوها بمصر ، ولم يتعرض لشىء من أراضى مصر » (٢) .

وأول وقف عرف فى الأراضى والبساتين كان وقف أبى بكر الماردانى ، فقد حبس أراضى له على الحرمين الشريفين وبعض جهات البر ، ثم حبس غيره من بعده ، وتوالت الأوقاف من الأراضى والبساتين .

وهنا يتساءل الباحث عن العلة فى منع الوقف فى الأراضى ابتداء ، وإباحته فى الدور والرباع والحوانيت والخانات ؟ ولا نجد تعليلا محتمل الرجحان إلا أن أراضى مصر كانت تعتبر فى ذلك الإبان ملكا للدولة ، ويد الزراع عليها ليست يد ملك ، بل يد استئجار ، وما يصل إلى الحاكم من خراج إنما هو أجرة ، وعلى هذا الرأى جماهير العلماء ، وقد صرح به أبو يعلى فى الأحكام السلطانية ، والإمام النووى من علماء الشافعية بالشام وكمال الدين بن الهمام وغيرهم (٣) .

---

(١) تاريخ القضاه ص ٣٨٣ .

(٢) الخطط للمقريزى ج ٤ ص ٨٣ .

(٣) راجع الأحكام السلطانية . وفتح القدير . وحاشية ابن عابدين .

طمع الولاة فى الأوقاف

١٠ — ومهما يكن من سبب لهذا المنع فهو لم يستمر طويلا ، بل أبيح وقف الأراضى الزراعية إباحة مطلقة فى عهد الأيوبية والمماليك وقد كثرت الأحباس كثرة فاحشة ، واتسع نطاقها ، وكانت تلك الكثرة سبباً أيضا فى أن صار للأوقاف ثلاثة دواوين ديوان لأحباس المساجد ، وديوان لأحباس الحرمين الشريفين وجهات البر الأخرى المختلفة وديوان للأوقاف الأهلية .

١١ — وقد كان أكثر الاوقاف بالبلاد العربية تسير على مقتضى المقرر من الأحكام فى المذهبين الحنفى والشافعى اللذين يقرران تأبيد الوقف ، فيبقى الوقف جيلا بعد جيل ، وقد تجهل مصارفه والولاية عليه بمرور الأزمان وترادف الحوادث المختلفة .

ولقد وجد من أمراء مصر وحكامها من استهدف الاوقاف ، وأخذ يستولى عليها ويضع يده باسم أنها مملوكة ولقد ذكر المقريزى فى خططه أن الناصر محمد ابن قلاوون حاول أن يستولى على النصف من أحباس المساجد التى بلغت ١٣٠ ألف فدان ، ولكنه قبض قبل أن يتم له شىء مما أراد .

واتخذ بعض الولاة من جواز استبدال الأوقاف طريقاً للاستيلاء عليها باسم استبدالها ، وقد عاونهم على ذلك بعض فسقة القضاة والشهود ، وأظهر من تولى كبر ذلك من الولاة جمال الدين يوسف ، وعاونه فى تنفيذ مآربه القاضى كمال الدين عمرو بن العديم قاضى الحنفية ، فنظاهرا معا على اغتصاب الاوقاف ، ولنترك الكلمة للمقريزى فهو يقول : « كان جمال الدين إذا أراد أخذ وقف من الاوقاف أقام شاهدين يشهدان بأن هذا البناء يضر بالجار والمار ، وأن منع الخطر فيه أن يستبدل به غيره ، فيحكم له قاضى القضاة كمال الدين عمرو باستبداله ، وشره كمال الدين فى هذا الفعل كما شره غيره ، فحكم له المذكور باستبدال القصور العامرة والدور الجليلة بهذه الطريقة ، والناس على دين ملوكهم ، فصار كل من يريد بيع وقف

أو شراء وقف سعى بهذه الطريقة عند القاضى المذكور بجــــاه أو مال . فيحكم له بمـا يريد » .

كان هذا يجرى فى القرن السابع والثامن وما يليه ، وبذلك صارت الاوقاف نهباً مقسوما ، ولقد كان لذلك أثره فى الفقهاء الذين عاصروا أشباه ذلك الامير ، فمنهم من شدد فى فتاويه فى الاستبدال وصعب طريقه ، ومنهم من أكثر من النكير على فعل الظالمين ، واقرأ ماكتبه الطرسوسى فى فتاويه فى أول بحث الاستبدال .

« اعلم وفقك الله وإياى أن هذه المسألة تعزى إلى مذهب الإمام الاعظم أبى حنيفة ، وعمل به بعض القضاه بالديار المصرية ، ولـكن منهم من عمل به على الوجه المرضى ، ومنهم من عمل به ليحصل الدنيا الدنية ، والتقرب إلى والدلة ، لينال بها سحتا مما فى أيديهم أو يتستر بما يفعله معهم فيها ، لمـا يقصدون من أخذ أوقاف المسلمين بأبخس الاثمان ، مما يكون ريعه أكثر مما استبدل به ، وقراره أجود وأغلى مما عوض عنه ، فلا جرم أن الله تعالى رد قصدهم وكيدهم فى نحرهم ، وشمت بهم الاعداء ، هذا ماحصل لهم فى الدنيا،ولعذاب الآخرة أخزى وهم لاينصرون فالله المسئول أن يعصمنا من الاهواء والطمع ، ويجعلنا ممن أطاع الامر واستمع ، ولا يجعل لاحد من خلقه عندنا ظلامة ، ويبيض وجوهنا يوم الطامة ، ويسلمنا فيما بقى ، ويوفقنا لطاعته [١] .

١٢ — ولقد كان من أثر تشدد الفقهاء فى الفتوى بالاستبدال أن اشترطوا أن يـكون القاضى الذى يحكم به عالما عادلا ، وهو الذى يعبر عنه بقاضى الجنة وبذلك يقررون أن القاضى الذى لا يستوفى هذين الشرطين يكون استبداله باطلا ، ولا يخرج العين عن كونها وقفا ، مع أن الحنفية يقررون أن القاضى الذى لا يـكون عادلا ينفذ قضاؤه ، ولـكن يجب عزله [٢] .

---

(١) الفتاوى الطرسوسية ص ٢٠٨ ، ٢٠٩

(٢) راجع الاسعاف ، والجزء الخامس من البحر ص ٢٤١ ، وابن عابدين ج ٣

ولقد شدد ابن نجيم فى البحر فاشترط أن يكون الاستبدال بعقار لا بدراهم ودنانير ، حتى لا يأكلها نظار الاوقاف ، وقد قال فى ذلك : « يجب أن يزاد شرط آخر فى زماننا ، وهو أن يستبدل بعقار لا بالدراهم والدنانير ، فإنا قد شاهدنا النظار يأكلونها وقل أن يشترى الناظر بها بدلا ، ولم نر أحدا من القضاة يفتش على ذلك مع كثرة الاستبدال فى زماننا . ومع أنى نبهت بعض القضاة إلى ذلك ، وهم بالتفتيش ، ثم ترك » .

ومن هذا كله يتبين كيف اتخذ الاستبدال سبيلا لاغتصاب الاوقاف ، وأكلها بالباطل ، وحاول الفقهاء الاحتياط ولكن ذهب كل احتياطهم صرخة فى واد ، لان الاوقاف كسائر الاموال لا تحمى بالشروط تشترط ، إنما الحماية الحقيقية بالعدالة والعلم فى القضاة ، والنزاهة فى الولاة ، فإن تحققت ،فلا موجب للاحتياط وإن لم تتحقق ، فلا يغنى احتياط ، والله عليم بذات الصدور

التفكير فى إنهاء الأوقاف

١٣ — لم يكن التفكير فى إنهاء الاوقاف الاهلية ، أو الاوقاف الذرية كما يعبر أهل الشام وليد عصرنا ، بل سبق التفكير فيه عصرنا ، فقد فكر فى تطبيق نظرية امتلاك الدولة للأراضى ـ الظاهر بيبرس ، وذلك أنه اضطر إلى فرض ضرائب كثيرة فى مصر والشام بسبب الحروب مع التتار ، فإنه أتم ما بدأه قطز فى (عين جالولات) ، واستمر فى نزال مستمر معهم ، وقد سلك سبيلا غير بين فى الاستيلاء على الاراضى كلها والاوقاف من بينها ، وقد جرت مساجلات بينه وبين العلماء فى هذا المسلك ، وذلك أنه جاء إلى كل مالك لعقار وطلب إليه أن يقدم المستند الدال على ملكيته . فإن كان المستند مثبتا تركها ، وإن لم يجد مستندا ، وذلك هو السائد استولى عليها ، ولكن الإمام النووى وقف فى وجهه ، يقود العلماء فى مناهضته ، وذكر له أن ذلك غاية العناد ، وأن عمله لا يحله أحد من علماء المسلمين ، ومن فى يده شيء فهو ملكه لا يحل لاحد الاعتراض عليه ، ولا يكلف إثباته ، فاليد دليل الملك ظاهرا، وما زال النووى فى اعتراضه حتى عدل الظاهر بيبرس عن ذلك المسلك ، وترك هذا، ولكن حاول فرض ضرائب كثيرة ترهق الناس، والاوقاف .

ولكن الشيخ محي الدين النووى يقف فى وجهه معارضا فى فرض هذه الضرائب خشية اثقال الرعية ، والسلطان يهدد ويبرق، والشيخ يدفعه ويرشده وينصحه ، ثم ينتهى الامر من النصيحة إلى غليظ القول ليشنى قلبه من مرارة التهديد ، وكان النزاع فى واقع الامر بين سطوة السلطان وقوة العلم .

١٤ — وقد سجل السيوطى فى حسن المحاضرة طائفة كبيرة من المكاتبات التى جرت فى هذا المقام بين الشيخ وهو بدمشق ، والسلطان وهو بالقاهرة ، فالسلطان يحتج لفرض الضرائب بضيق الحال ، وخشية المآل ، والشيخ يحتج بفقر الرعية وضيق

الامر عليها ، ويقول فى احدى رسائله « إن أهل الشام فى هذه السنة فى ضيق وضعف حال بسبب قلة الامطار وغلاء الاسعار ، وقلة الغلات والنبات ، وهلاك المواشى ، وأنتم تعلمون أنه تجب الشفقة على الرعية ، ونصيحته (أى ولى الامر) فى مصلحته ومصلحتهم » .

والعلماء كانوا من وراء النووى يؤازرونه ويؤيدونه ، وقد رد السلطان هذه النصيحة ردا عنيفا ، وعيرهم بموقفهم يوم كانت البلاد تحت سنابك الخيل فى عهد التتار ، وسكوتهم على الذل ، وأنه كان أولى بهم أن يهبوا لمقاومتهم أو مناقشتهم .

ولكن الشيخ لا يستخذى إزاء هذا التهديد ، فيرد رداً قوياً مؤكدا نصحه ، ومبينا أنه ميثاق الله الذى أخذه على العلماء ليبيننه ، ويقول رضى الله عنه فى ذلك « وأما ما ذكر من كوننا لم ننكر على الكفار كيف كانوا فى البلاد ، فكيف يقاس ملوك الإسلام وأهل الإيمان وأهل القرآن ـ بطغاة الكفار ، وبأى شىء كنا نذكر طغاة الكفار ، وهم لا يعتقدون شيئا من ديننا . . . وأما أنا فى نفسى فلا يضرنى التهديد ، ولا يمنعنى ذلك من نصيحة السلطان ، فإنى أعتقد أن هذا واجب على وعلى غيرى ، وما ترتب على الواجب فهو خير وزيادة عند الله . . . وافوض أمرى إلى الله ، إن الله بصير بالعباد ، و قد أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نقول الحق حيثما كنا ، وألا نخاف فى الله لومة لائم ، ونحن نحب السلطان فى كل الاحوال ، وما ينفعه فى آخرته ودنياه » .

وقد توالت الكتب على هذا النحو ، والشيخ رضى الله عنه ثابت فى قول الحق كالطود ، والسلطان لا ينتصح ، لان الضرائب ضرورية فى نظره ، ولقد اتجه إلى العلماء أنفسهم بدمشق مطرحا وراء ظهره شيخهم أولا . فجمع فتاويهم فى تأييد فرض الضرائب ، وقد حضر إلى دمشق لذلك المقصد ، ولكن الشيخ اشتد فى استمساكه ، وندد بإكراهه العلماء ، وقد أحضره الظاهر فى مجلسه بدمشق .

ليكرهه كما أكره غيره ، ولكنه فى هذه المرة كان عنيفا جدا ، فقد قال للسلطان فى قوة الحق العنيف غير الرفيق : « أنا أعرف أنك كنت فى الرق للامير بندقدار ، وليس لك مال ، ثم من الله عليك وجعلك ملكا وسمعت أن عندك ألف مملوك ، وكل مملوك له حياصة من ذهب[1] ، وعندك مائةجارية ، لكل جارية حق من الحلى ، فإن انفقت ذلك كله ، وبقيت المماليك بالبنود الصوف بدلا من الحوائص ، وبقيت الجوارى بثيابهن دون الحلى افتيتك بأخذ المال من الرعية » .

فغضب الظاهر غضبا شديداً ، وقال للشيخ ناهرا اخرج من بلدى (أى دمشق) فقال الشيخ : « السمع والطاعة » ، وخرج إلى نوى بالشام . فقال العلماء هذا من كبار علمائنا وصلحائنا ، وممن يقتدى بهم ، فأعده إلى الشام ، فرسم برجوعه ، فامتنع الشيخ ، وقال لا أدخل والظاهر بها ، فمات الظاهر بعد شهر[2] .

١٥ — سقنا هذا الكلام ليتبين كيف كانت الاوقاف الاهلية والخيرية مراما للملوك والسلاطين ، كلما أضطروا إلى جباية المال ، وقد بينا كيف وقف محيي الدين النووى تلك الوقفة الرائعة ، وقفها عندما أراد السلطان انتزاع الاراضى الاوقاف وغير الاوقاف من الاهلين ، ووقفها ثانية عند ما أراد فرض ضرائب على أهل الشام لا تطيقها القوة المالية للشعب ، ولولا وقفته الاولى لتم للسلطان ما أراد ، وإن الشيخ رحمه الله تعالى لم يجد عسرا فى منعه مما أراد بالنسبة للأراضى ، لان انتزاع الملكية عسير ، بخلاف فرض الضرائب ، فإنه أمر جائز فى الحروب ، إذا لم يكن فى بيت المال ما يسعف بالانفاق .

---

(١) الحياصة الثياب بالموشاة بالمذهب الخالص .

(٢) راجع هذه المكاتبات فى حسن المحاضرة ج ٢ ص ٦٧ إلى ص ٧١ .

١٦ — وفكر فى إنهاء الوقف فى القرن الثامن برقوق أتابك ، فقد هم بإبطال الاوقاف الاهلية ، ويقول فى ذلك المقريزى : « عقد مجلساً من العلماء فيه شيخ الاسلام سراج الدين عمر بن رسلان البلقينى ، لاستفتائهم فى ذلك ، فلم يوافقوه .

ولكن يظهر أن الباعث فى هذه المرة لم يكن إبطال الوقف الاهلى باعتباره مانعا للميراث ، بل كان المقصود إبطال أوقاف الامراء السابقين ، فقد جاء فى حسن المحاضرة للسيوطى عن هذا المجلس الذى عقده برقوق أتابك ، فقال : « عقد برقوق أتابك مجلساً من القضاة والعلماء ، وذكر أن أراضى بيت المال أخذت منه بالحيلة ، وجعلت أوقافا من بعد الناصر قلاوون ، وضاق بيت المال بسبب ذلك ، فقال الشيخ سراج الدين البلقينى ، ، أما ما وقف على خديجة ، وعويشة ، وفطيمة فنعم ، وأما وقف على المدارس والعلماء والطلبة فلا سبيل إلى نقضه ، لأن لهم فى الخمس أكثر من ذلك فانفصل الامر على مقالة البلقينى [1] » .

ونرى من هذا أن المجلس قد وافقه على أن الارض التى حبسها أولئك الامراء من بعد الناصر قلاوون كانت من أراضى بيت المال ، ولم تكن ملكا خاصاً لهم ، وإذا كانت من أراضى بيت المال فإن الحبس فيها لا يكون وقفاً ، ولكن يكون من قبيل الإرصاد ، والإرصاد يكون صحيحاً إذا كان على مصرف من مصارف بيت المال ، فقد جاء فى الفتاوى المهدية : « حكم الإرصاد الصحة إذا كان من ولى الامر على مصارف بيت المال كالمجاهدين وعمال بيت المال الذين هم فى خدمة الحكومة ، والعلماء المفتين ، والقضاة والارامل والفقراء والمساجد والقراء والايتام وطلبة العلم [2] » .

وإن فتوى البلقينى صحيحة ، فقد قسم الذين حبس عليهم الامراء إلى أشخاص

---

(١) حسن المحاضرة ج ٢ ص ١٦٢ .

(٢) الفتاوى المهدية ج ٢ ص ٦٦٠ ، ومثل ذلك جاء فى أمهات كتب الفقه كالبحر وابن عابدين .

لم يلاحظ فى الحبس عليهم جهة قربه ، وجهات تعد من مصارف فى بيت المال ، فمنعه من إبطال الاحباس التى رصدت على مصارف بيت المال حتى لا يدعو ذلك إلى إهمال هذه المصارف .

١٧ — غير أن برقوقا هذا وإن حيل بينه وبين إنهاء الاوقاف عامة ، والاهلية خاصة — قد اتخذ الحيلة سبيلا لجعل أكثر غلاتها فى يده . فقد صار أمراؤه يستأجرون بأمره الاوقاف بأقل من أمر أجر مثلها ، ثم يؤجرونها للناس بأكثر مما استأجروها ، فيربح هو وهم فرق ما بين الاجرتين ، وربما كان كبيراً . ولما مات برقوق امعن أمراء الدولة فى هذا وفحش الامر ، حتى استولوا على جميع الاراضى الموقوفة بمصر والشام « وصار اجودهم من يعطى من يستحق ربع عشر ما يحصل له ، وإلا فكثير منهم لا يدفع شيئاً ، ولا سيما ما كان ذلك ببلاد الشام . . . وكان أسوأ الناس حالا فى هذه المحن الفقهاء [1] » .

(١) خطط المقريزية . ج ٤ ص ٨٦ .

اتخاذ الأمراء الأوقاف ذريعة لحماية أموالهم

١٨ — لم يكن الشعب يملك من أمره شيئاً ، وقد عزف أفراده عن الاوقاف لهذه المظالم التى ذكرنا بعضها ، وبمقدار نفور الشعب من الوقف كان إقبال أمراء المماليك عليه ، لأن الأراضى الشاسعة كانت بأيديهم فى مصر وفى الشام ، ولأن الامور بينهم قد اضطربت ، وطغى بعضهم على بعض ، وصار الغالب منهم يستولى على أموال المغلوب ويصادرها ، فكان لا بد أن يحصنوا أموالهم بالوقف تحبس به أراضيهم وقصورهم ، وصاروا يحبسونها على المساجد بالاسم والصورة ، وهى فى مؤداها ومصارفها تنال الذرية بحظى وفير ، فيشترطون شروطاً تمكن ذراريهم من الانتفاع بها ؛ فإذا صودرت أموالهم من بعد غلبهم لا يتمكن الغالب من الاحباس ، لأنها على المساجد فى صورتها .

ومن الوثائق التى تصور هذه الحقيقة تمام التصوير وقف برسباى ، فقد وقف فى سنة ٨٢٧ على مسجده الذى سماه المسجد الاشرفى جميع ما يملك من عقارات فى القاهرة ، ورتب لاصحاب الوظائف مرتبات مقدرة بالدراهم والدنانير لا بالسهام ، فجعل لمؤذن من المؤذنين حسنى الصوت مقدار مائتى وألف درهم ، ولرجل من أهل الخير حافظ لكتاب الله ألف درهم ، ولرجل من أهل الدين والخير عارف بطرق الوعظ يخطب الناس أيام الجمع والعيدين ، ويؤمهم بعد الخطبة خمسمائة درهم ، ولرجل عالم بالاوقاف ثلاثمائة درهم الخ . وبعد أن أحصى أصحاب الوظائف وما يستحقون جعل الفاضل من بعد ذلك لنفسه ، فقال : « ومهما فضل بعد ذلك يتناوله الواقف ما دام حيا ، ثم من بعده يكون الفاضل لمن يوجد من أولاده ونسله وعقبه وذريته من الذكور والاناث من أولاد الظهور والبطون طبقة بعد طبقة تحجب العليا منهم السفلى أبدا ما توالدوا ، يستقل به الواحد إذا انفرد ، ويشترك فيه الاثنان فما فوقهما عند الاجتماع (١) .

(١) راجع اشهار وقف برسباى ، وهو محفوظ فى دار الكتب المصرية فى ضمن المحفوظات التاريخية برقم ٣٣٩ .

ونرى من هذا أنه جعل للمسجد وإقامة الشعائر فيه مرتبات معلومة، وفى الوقف متسع لها ويزيد، وجعل الزيادة لنفسه وذريته من بعده.

وكأنه استصغر ما وقف على المسجد، ولذا وقف فى ذى القعدة سنة ٨٢٩ وقفاً آخر، وهو «جميع أراضى بشاكس بالغربية على مصلحة جامعه المحدود الموصوف (الآنف الذكر) على حكم ما بينه وعينه واشترطه، ونص عليه فى كتاب وقفه السابق فصلا فصلا على الحكم والترتيب المشروحين[1]».

ولا يكتفى بذلك، بل يقف على المسجد أيضاً ربع مزرعة سنديون. ثم يقف نحو مائة وخمسين فدانا بناحية بشتيل على المسجد أيضاً، ثم يقف نصف ضيعته فى أراضى منية قرطوط على المسجد.

فإذا ما استكثر الوقف على المسجد وقف على مدرسة يعين المرتبات تعيينا دقيقاً من غير سرف ولا تقتير ويجعل الباقى لنفسه والذرية من بعده وهكذا، ويكثر من عقارات الوقف مما يتبين منه أن الغرض أن يحبس أكبر قدر على نفسه مدرعا بالمسجد والمدرسة، وساتراً غاياته بهما ستراً يمنع الغالبين من بعده من أن يستولوا على عقاره، ويتحكموا فى ذريته.

ومما يدل على أنه يخشى الظالمين من أن يصادروه أو يستولوا عليه - أنه يشترط على ناظر الوقف «ألا يستبدل شىء من الوقف. ولو بلغ من الخراب ما بلغ» ويشترط على ناظر الوقف «أن يتعهد كتاب الوقف فى كل عشر سنين بالإثبات والتنفيذ».

١٩ - هذه صور من الأوقاف التى كان يقصد إليها الأمراء من المماليك، وهى تبين كيف اتخذوا الأحباس طريقاً لتحصين الأموال من المصادرة، وقد أثمرت ثمراتها، فقد كان الغالبون من المماليك يتعففون عن أن يمسوا أوقاف المساجد والمدارس بسوء، لنزعتهم الدينية، مع ما اشتهروا به من سفك الدماء، واستهانة

(١) الاشهاذات المذكورة بالرقم السابق.

بالأرواح ولذلك كثرت الأوقاف على المساجد والمدارس ووجوه البر كثرة عظيمة ، وإن كان الأكثرون يشكون فى وصول الغلات إلى الجهات التى رصدت لها .

وبسبب هذه الكثرة الكاثرة أشار بعض الناس على سليمان القانونى بعد فتح الأتراك لمصر والشام وزراؤه أن يحلها ، باعتبار أن أكثرها من أراضى بيت المال ، وأن الحبس عليها إرصاد لا وقف ، ويجوز تغييره إذا رأى ولى الأمر أن بعض المصارف أولى مما رصد عليه ، ولكنه امتنع عن أن يمسها ، إن كانت لا تجوز إلا على مذهب واحد « فكيف وهى محل إجماعهم [1] » .

٢٠ — ولم تنقطع الأحباس على المساجد والمدارس باستيلاء الاتراك على مصر والشام ، لأن المماليك قد بقيت لهم شوكة فى مصر ، ولقوة ملتزمى الضرائب ، فقد كانت البلاد إقطاعيات لهم ، واستمر تيار الوقف فى قوته واندفاعه ، حتى إن محمد على فى مصر عندما مسح البلاد المصرية ليعرف مساحتها بالتعيين ـ وجد أن مساحة الأراضى الزراعية فى إبانه كانت تبلغ مليونين من الأفدنة ، ووجد أن من بينها أوقافا تبلغ نحو ستمائة ألف فدان ، أى نحو ثلث الأراضى الزراعية فى ذلك الوقت.

وكانت الأحباس فى ذلك الإبان لا تجبى منها ضرائب ، ولا تفرض عليها فرائض ، فتململ محمد على بمصر ، ولم يتركها طليقة من كل ضريبة ، بل فرض عليها نصف ما كان يفرضه على غيرها من الأطيان ، ففرض على الفدان ثلاثة ريالات ونصف ، فضج كل من له وظيفة فيها ، وذهب الكثيرون منهم إلى العلماء ، وذهب هؤلاء إلى محمد على ، وقالوا له : « هذا يترتب عليه خراب المساجد ، فقال : وأين المساجد العامرة؟ من لم يرض بذلك يرفع يده ، وأنا أعمر المساجد المتخربة ، وأرتب ما يكفيها [2] » .

ولم يكتف محمد على بنصف الضريبة يفرضه ، بل فرض عليها الضريبة كاملة ، وصارت كغيرها على سواء .

---

(١) الفتاوى المهدية . (٢) تاريخ الجبرتى ج ٤ ص ١٤٣ .

الإستيلاء على الأراضى المصرية

٢١ — بعث محمد على نظرية ملكية الأراضى المصرية والشامية والعراقية من مرقدها ، ولم يكن فى عصره مثل محيى الدين النووى يقف فى وجهه ، ولذلك قبض على الأراضى المصرية كلها ، واستولى على الأوقاف كلها بكل أنواعها ، فاستولى على أوقاف المساجد وجهات البر ، لأنه تعهد بالإنفاق على المساجد ، ومصارف البر ، واستولى على الأوقاف الأهلية ، والأراضى المملوكة بطرق كثيرة منها طلبه من ذويها أن يبرزوا الأدلة ، ويقدموا الوثائق المثبتة ، وقليل منهم من كان عنده ما يطلب منه من دليل ، ومن كان معه لا يعدم تزييفاً ، ولنترك الكلمة لمعاصره الجبرتى يصف الحال إبان ذاك ، ومنها يتبين ظلم المتولين لأمور الأوقاف مما سهل على محمد على تنفيذ مآربه ، ولم يجعل الناس يشعرون بمظالمه :

« والواضعون أيديهم عليها (أى على الأوقاف) لا يدفعون لجهاتها ، ولا لمستحقيها إلا ما هو مرتب ومقرر من الزمن السابق ، وهو شىء قليل، وليتهم دفعوه . . . والأوقاف تحت أيدى بعض من كبراء البلاد يزرعها ، ويأخذ منها الألوف من الأرادب ، ويضن ويبخل بدفع القدر اليسير لجهة وقفه ، ويكسر السنة على السنة ، فإن كانت يد صاحب الأصل قوية ، أو كان واضع اليد فيه خير وقليل ما هم دفع لأربابها ثمناً بعد أن يرد الخمسين إلى الأربعين ، ثم يبخس الثمن جداً . والذى يكون تحت يده شىء من أطيان الأوقاف ورثها من بعده ذريته ، فزرعوها وتقاسموها معتقدين ملكيتها ، وأنهم تلقوها بالإرث من مورثهم ولا يرون لأحد سواهم فيها حقاً ، لا يهون بهم دفع شىء لأربابه ولو قل إلا قهراً ، وبالجملة فما أصاب الناس إلا ما كسبت أيديهم ، ولا جنوا إلا ثمرات أعمالهم . وفى بعض الأحباس من مات أربابه ، وخرجت جهاته ، ونسى أمره ، وبقى تحت يد من هو تحت يده من غير شىء أصلا » .

٢٠ — لقد ألغى محمد على الأوقاف كلها ، وألغى نظام الالتزام ، وعوض الملتزمين ببعض أراض تركها لهم ، وبذلك انتهت الأوقاف كلها ، ولا يتصور إنشاء أوقاف جديدة إلا من الأراضى التى تركت بأيدى من عوضهم محمد على، ولقد اندفع هؤلاء فى وقف ما تحت أيديهم من الأراضى ، وذلك ما لم يرده محمد على ، ولذلك أراد أبطاله ، ولأنه فى هذه المرة لم يكن على المساجد ، بل على أنفسهم وجهات البر ، ابتداء أو انتهاء ، وفوق هذه الأراضى هناك الدور والقصور مملوكة .

ويظهر أنه لما ضاق ذرعا بذلك نبهه بعض العلماء إلى أن أبا حنيفة لا يرى لزوم الوقف ، أى يراه غيره جائز ، ولذلك وجه إلى مفتى الاسكندرية الشيخ الجزايرلى الاستفتاء التـالى :

« ما قولكم فيما إذا ورد أمرا ميرى بمنع إيقاف الأماكن المملوكة لأهلها سد الذريعة ما غلب على العامة من التوسل به لأغراض فاسدة من حرمان بعض الورثة ، والمماطلة بالديون فى الحياة ، وتعريضها للتلف بعد الممات . هل يجوز ذلك ويجب امتثال أمره ، أم كيف الحال ؟ أفيدوا » .

ونراه يتذرع فى هذا بأن الوقف الأهلى فيه فرار من الديون ، ويؤدى إلى تخريب الأعيان ، وذريعة للتغيير فى فرائض الله تعالى . وقد أجابه المفتى معتمدا على ما فهمه من رأى أبى حنيفة ، وهو عدم جواز الوقف ، فقال :

« الوقف من الأمور التى وقع فيها اختلاف أئمة الاجتهاد ، فإن منهم من وسع فيه كأبى يوسف ، فإنه قال بصحته ولزومه بمجرد القول ، ومنهم من توسط فيه كمحمد بن الحسن ، فإنه شرط لبقاء ولزومه تسليمه إلى متول ، كما بسط بيان ذلك مع بقية شروطه فى معتبرات المذاهب ، وأما الإمام أبو حنيفة فذكر الإمام محمد بن الحسن عنه أن الوقف باطل ، سواء أكان مؤبدا ، أم كان غير مؤبد ، وذكر شمس الأئمة السرخسى أن ظاهر الرواية عن أبى حنيفة أن الوقف باطل ، سواء أوقفه

فى صحته أو مرضه ، إلا أن يوصى به بعد وفاته ، فيجوز من الثلث ، [1] ووجه قوله ببطلانه ذهابه إلى أنه كان مشروعا فى أول الأمر ثم نسخ بآية المواريث ، لما جاء برواية ابن عباس رضى الله عنهما عن النبى ﷺ أنه قال : « لا حبس عن فرائض الله » وعن شريح أنه قال : « جاء محمد ﷺ ببيع الحبس » وجمع من المشايخ على أنه جائز عند أبى حنيفة ، لكنه غير لازم ، فيجوز أن يرجع عنه فى حياته ، ويكون ميراثا عنه بعد وفاته ، كما بين فى مطولات المذهب ، وقد ذكر جمع من أرباب المعتبرات ، ومنهم صاحب الدر المختار أن أمر الحاكم متى صادف أمرا مجتهداً فيه نفذ أمره ، أى وجب امتثاله والامتناع عن مخالفته ، وإذا عرف هذا فإذا ورد أمر من ولى الأمر يمنع العامة من ايقاف أملاكهم ، وتحبيسها فيما يستقبل من الزمان سدا لذريعة أغراضهم الفاسدة كما ذكر جاز ذلك ، لأنه مما تقتضيه السياسة المرعية ».

أخذ محمد على بهذه الفتوى ، ولذا أصدر فى ٩ من رجب سنة ١٢٦٢ أمراً ذكر فيه : « أن الوقف قد صار ممنوعا لأجل منع أرباب الغرض من أغراضهم الفاسدة ، وضررهم للميرى والأهالى ، وللرعاية للفتوى الشريفة » .

٢١ — أصدر محمد على ذلك الأمر ، وقد نفذه بمافى طاقته ، وابان قدرته ، ذلك أن القضاء فى ذلك الوقت كان تحت سلطان الدولة العثمانية رأسا ، وقد ضعفت قوة محمد على فى آخر الأمر ولم تقو على الوقوف أمام رغبة الكثيرين فى الأوقاف

---

(١) يفسر الكثيرون ما فى ظاهر الرواية من أن الوقف غير جائز عند أبى حنيفة بأنه غير لازم ، وقد جاء فى مبسوط شمس الأئمة للسرخسى : « وظن بعض أصحابنا رحمهم الله أنه جائز على قول أبو حنيفة ، وإليه أشير فى ظاهر الرواية ، فيقول : « أما أبو حنيفة رضى الله عنه ، فكان لا يجيز ذلك ومراده ألا يجعله لازما ، أما أصل الجواز فثابت عنده ، لأنه يجعل الواقف حابسا للعين على ملكه، صارفا المنفعة إلى الجهة التى سماها. فيكون بمنزلة العارية ، والعارية جائزة غير لازمة » وسنبين هذا الموضوع عندما نتكلم فى حقيقة الوقف ، إن شاء الله تعالى .

وجلهم من أوليائه وآل بيته ، والقضاء لم ينفذ أمره فى آخر الأمر ، لذلك نقول إن هذا الأمر خفف من الأوقاف وقتا ، ولم يمنعها نهائياً .

ويلاحظ أنه فى هذا الوقت لم يكن للفلاح المصرى فى الأراضى الزراعية إلا العمل واللغوب ، ولا يملك الرقبة ، بل لا يملك المنفعة ، إذ الأراضى المصرية كلها كانت كمزرعة لمحمد على وآله ، ومن يمن عليه من أوليائه والملتزمين .

ولقد جاء من بعد ذلك عهد الوالى سعيد ، وقد اتجه إلى إصلاح حال الفلاح المصرى ، فمنحه بأمر صادر فى أغسطس سنة ١٨٥٨ حق امتياز الأراضى الزراعية فوزعت على الأهلين مقادير كبيرة منها على أن الحائز لا يملك الرقبة إنما يملك المنفعة ، وكان لهم حق بيعها ورهنها ، وبذلك كانوا يتصرفون تصرف الملاك ، وإن لم يكونوا ملاكا .

٢٢ — ويلاحظ أنه بعد أن انتزعت أوقاف المساجد وجهات البر ، وصار كلها ملكا للدولة ، أو بالأخرى ملكا لمحمد على ، حل محل الأوقاف على المساجد وجهات البر إرصاد عليها ، وتململ سعيد بهذا الإرصاد لكثرته ، فاستفتى المفتى ، (وكان إبان ذاك الشيخ محمد المهدى العباسى) فى حل هذه الارصادات ، وقد أجاب المفتى بالمنع ، وجاء فى إجابته بعد بيان تاريخ الإرصاد « فتحصل من هذا كله أن ما رتب وأرصد بأوامر الوزراء ، سواء أكان عن اجتهاد منهم أم كان بأذن السلطان على جهات الخير والمرتبات الموقوفة على أولاد ، وعيال وعتقاء - صحيح جائز لايجوز نقضه بوجه من الوجوه ، بل يجوز للسلطان ونائبه ، وكل من بسطت يده فى الأرض إحداث مرتبات على الخيرات وفعل القربات .

وختم الشيخ المهدى رسالته بقوله : « وحينئذ لا يصح العدول عما ذكر ، حيث كان مجمعا عليه ، ولا سيما والواقع فى هذا أن الإرصادات يصدر بها أمر أولى الأمر بعد عرض المقطع له بأعتابها وإرصادها على الذرية ونحوهم كالمصالح العامة فى الحال تارة ، والمآل أخرى ، وفعل الخيرات والقربات ، ومن يقع

منه ذلك من مصارف بيت المـال كالعلماء والمجاهدين ، وعمال الحكومة ، فيصدر الأمر العالى بتنفيذ ذلك وإجرائه ، ولا يصح القول بإلغاء منطوق الأوامر الشريفة التى تصدر رحمة بالرعية ، وإيصال من انتسبوا لدى الدولة العلية . . . مع أن علماءنا صرحوا بأن أمر الأمير إذا صادف فصلا مجتهدا فيه يجب اتباعه ، ولا يجوز العدول عنه » .

وهذه الفتوى قد تخالف فتوى البلقينى فى ارصاد لملوك ، فالبلقينى قصر اللزوم على ما كان على جهات عامة ، ومنعه بالنسبة للأشخاص ، وأما فتوى المهدى فإنها تلزم الإرصاد كله من غير تفرقة بين ما هو على جهة عامة من مصارف بيت ، وما هو على آحاد من الناس من أولاد ، وعيال أو عتقاء ، ولا شك أن ما ذكر البلقينى هو الفقه ، لأن الإرصاد وتخصيص جزء من أرض بيت المال على بعض مصارفه ، ومصارفه جهات لا أشخاص إلا إذا كان الأشخاص فى ضمن جهة كالفقراء أو اليتامى ، أو المرضى .

٢٣ — كانت الحيازة التى مكن منها سعيد الفلاحين خاصة بالأراضى الخراجية فرقبتها وحيازتها من الناحية الحكمية استمرت للدولة ، على أن تكون حيازة شخصية لا تجوز فيها الوصية ، ولا يجوز الوقف ، ولقد جاء بعد ذلك الأمر الكريم الصادر بتاريخ ١٠ من يناير سنة ١٨٦٦ وفيه الترخيص بالوصية فى الأطيان الخراجية ، مع حفظ الحق للحضرة الخديوية فى الترخيص فى وقفها .

ولقد جاء بعد ذلك الأمر الكريم الصادر فى ٧ من مارس سنة ١٨٦٧ : « ترخيص بوقف الأشجار والمبانى والسواقى المنشأة فى الأطيان الخراجية دون وقف الأطيان نفسها » .

ولقد كان لمنع وقف الأطيان مع احتياز الأراضى أثره فى النفوس ، فإن الرغبة الملحة التى نراها عند كثيرين من المصريين حين ذاك ، وهى تفضيل الذكور على الإناث ، وتخصيص الذكور بالهبات الآثمة — وجدت فى منع الوقف عقبة كأداء ،

ولذلك حاولوا أن يتجهوا اتجاها آخر ينفذون منه إلى رغباتهم ، وهو أن يستصدروا أمرا بمنع البنات من ميراث الأراضى باعتبار أن الحيازة للانتفاع بالإنبات . والذكور هم الذين يستطيعون ذلك دون الإناث ، ولذا نرى نوابا فى مجلس شورى النواب الذى أنشأه إسماعيل يطلبون بالحاف إصدار قانون يمنع البنات من أن يرثن ، وقوام حجتهم أن فى توريث البنات ما يؤدى إلى أن تصير الأرض لغير بيت الرجل الذى أعطى الأرض فى عهد سعيد وإسماعيل[1] ولكن لم يتم لهم ما أرادوا .

٢٤ — ومما تقدم سيتبين أن الوقف كان فى دائرة الحظر بالنسبة لعامة الشعب المصرى ، على أساس أن أكثر الأراضى التى بأيديهم مملوكة المنفعة ، وليست مملوكة الرقبة ، وإذ أجيز التصرف فيها بيعاً ورهناً ، فموضوع ذلك المنفعة ، وكذلك الانتقال فى الميراث هو انتقال المنفعة لا الرقبة .

ولما صدر الأمر العالى فى ١٥ أبريل سنة ١٨٩١ بعد أوامر أخرى سبقته — بإعطاء الملكية التامة فى الأطيان صار الوقف مباحا للجميع ، لا لطائفة خاصة ، فأمعن الناس فى الوقف على ذراريهم ، وتحققت رغبات الكثيرين منهم ومآربهم فى حرمان بعض الورثة ، وإعطاء ذوى الحظوة أكثر مما يستحقون بالميراث الشرعى ، وكان من أثر هذا أن أبناء الأسرة الواحدة صاروا مختلفين يساراً وإعساراً ، فكان منهم الفقير المحروم من ميراثه الشرعى ، والمحظوظ الذى أخذ أكثر مما أعطاه الله ، ولكن الله سبحانه وتعالى لا يترك من يخالف أمره من غير عقاب فى الآخرة ، وعقاب فى الدنيا أحياناً ، ولقد ظهر هذا فى الأولاد الذين يختصهم آباؤهم بنصيب أوفر ، فإنهم ينصرفون إلى الملاذ ينفقون فيها إسرافا وبداراً ، وإذا نفد ما فى أيديهم من مال كثير أكلته ملاذهم اقترضوا بالربا الفاحش ، وفوق ذلك يأكل المتولون أمور الوقف من نظار الغلات أكلا لما ، وبذلك يصير أولئك المحظوظون نهباً لنظار الأوقاف والمرابين .

---

(١) راجع محاضر ذلك المجلس بالوقائع المصرية سنة ١٨٦٨ .

ولقد عملت الحكومة من جانبها على المحافظة على الأوقاف التى تمحضت لجهات البر ومراعاة شروطها ، وحماية من يلجأ إليها من المستحقين فى الأوقاف الأهلية ، فأنشأت ديوان الأوقاف سنة ١٨٩٥ وجعلته يختص (١) بإدارة الأوقاف التى آلت ، أو تئول للخيرات ، وليس النظر مشروطاً لأحد فيها (٢) والأوقاف التى يقام ديوان الأوقاف حارساً قضائيا عليها (٣) والأوقاف التى يرى القضاة الشرعيون إحالتها على ديوان الأوقاف (٤) والأوقاف التى لا تعلم فيها جهة الاستحقاق للغلة ولا للنظر (٥) والأوقاف التى يرغب جميع مستحقيها مع الناظر فى إحالتها على الديوان بعد توكيل الناظر لديوان الأوقاف .

ولقد صار ذلك الديوان وزارة بالأمر العالى الصادر فى ٢٠ من نوفمبر سنة ١٩١٣ . وهو الآن بمصر وزارة ، ولما انضمت سوريا إلى مصر ، وكونت جمهورية عربية متحدة ، صارت الوزارة تشمل فى عمومها الأوقاف فى الاقليمين ، وكانت للأوقاف من قبل فى الإقليم السورى إدارة ، كما هى كذلك فى الأقاليم العربية .

٢٥ — غير أن جعل ديوان الأوقاف وزارة ، لم يكن من شأنه أن يزيل ما عساه يكون فى العمل بنظام الأوقاف على النحو الذى يسلكه الناس من عيوب ، فإن هذه العيوب متعددة النواحى ، بعضها فى شروط الواقفين التى تتجانف لإثم ، وبعضها فى نظام الولاية والإشراف ، وبعضها فى الإفراط فى الأوقاف الذى أدى إلى التأثير فى النظام الاقتصادى والاجتماعى ، وقد ترتب على كثرة الأوقاف وجود طائفة من المستحقين ألفت البطالة ، ومنهم من أوغل فى الفساد ، واضطر إلى الاستدانة بالربا الفاحش كما أسلفنا .

من أجل هذا انبعث فى مجلس النواب المصرى سنة ١٩٢٦ صوت قوى يدعو إلى إصلاح نظام الأوقاف ؛ بل تطرف بعض النواب فدعا لإلغاء الوقف ، وذلك لأن لجنة الأوقاف فى المجلس هالها ما رأت من مقادير الديون ، وأن الذى نزل عنه المستحقون من الغلات فى نظير ديونهم بلغ (مليوناً) من الجنيهات مع أن مجموع

الغلات التى تتعلق بها هذه الديون ١,٢٢٠,٠٠٠ ، أى أن الجزء الخالى من الديون نحو السدس ، وقد ختمت اللجنة تقريرها بقولها : « ومعنى هذا أن إدارة الوزارة لكثير من هذه الأوقاف هى لمصلحة الدائنين ، وأن ما قصده الواقفون من رصد أموال معينة على أولادهم ، حتى لا يكونوا عالة يتكففون الناس قد فاتهم بفعل أولادهم الذين يتنازلون عن استحقاقهم أو يستدينون عليها ، وكثيراً ما تكون الاستدانة بفوائد باهظة ، وانبنى على هذا ما هو مشاهد معلوم للجميع بأنه رغماً من التسهيلات التى وضعتها الوزارة لراحة المستحقين ، ومع أن إدارة هذه الأوقاف فى مجموعها لا غبار عليها فإن البؤس والشقاء ملازم لكثير من المستحقين فى هذه الأوقاف ، ويرجع هذا إلى ما ذكرنا ، وإلى أن اعتمادهم على مارصد عليهم أصلا يقعدهم عن تدبير وجوه رزقهم من موارد أخرى ، وهذه الاعتبارات وغيرها تجعل من المحتم على المهتمين بشئون البلاد الاجتماعية والاقتصادية أن يفكروا فى صلاحية بقاء نظام الأوقاف من عدمه » .

٢٦ — ولقد تشعبت المناقشة واشتدت فى داخل المجلس النيابى وخارجه ، ووجدت دعايات شديدة الصخب ، وإن لم تكن من عدد كبير من الناس ، تدعو إلى إلغاء الأوقاف ، وأقيمت مناظرات وندوات علمية ، وألقيت محاضرات حول هذا الموضوع ، وحجج الذين يدعون إلى الإلغاء تقوم على ما يأتى :

(ا) إمعان الناس فى وقف الأراضى الزراعية إمعاناً يخشى منه على ثروة البلاد الزراعية ، فإن متوسط ما يوقف سنوياً بلغ نحو ١٩٠٠٠ وبلغ مجموع الموقوف من أراضى مصر ٧٧٠,٠٠٠ ، وهو يقارب نحو ثمن الأراضى الزراعية ، ومما لا شك فيه أن الوقف مقيد للتصرف فى العقار ، وقد ثبت بالتجارب أن الأيدى التى تتولى استغلال أراضى الأوقاف لا تحسن استغلالها .

(ب) أن كثرة الأوقاف الأهلية من شأنها أن تكثر البطالة ، فإن المستحقين فى الأوقاف يطمئنون إلى أرزاقهم التى تجيئهم تباعاً كل عام ، فينقطعون عن الحياة

الجادة العاملة ، وينصروفون إلى الحياة اللاهية الخاملة ، وفى ذلك ما فيه من فساد فى الاجتماع ، وموت للمواهب ، ونقص من الانتاع بكل القوى الصالحة للعمل فى البلاد .

(ج) ضياع المستحقين بأكل النظار لأموالهم ، وهضمهم حقهم ، ووقوع الكثيرين من أقويائهم تحت نير المرابين يقرضونهم بربا فاحش ويحجزون على غلاتهم قبل حصادها وحلول ميقاتها .

(د) التناحر المستمر بين النظار ، والنزاع الداب والمشاكل القضائية ، والاختلافات المتوالية التى ضجت منها دور المحاكم ، وتقطعت بسببها أواصر الأسر ، وانحلت وحدتها .

(ﻫ) مضى مدد طويلة على بعض الأوقاف ، وانتقالها إلى الذرية طبقة بعد طبقة ، فكثر المستحقون وزاد عددهم ، وقل نصيب ما يستحقه كل واحد من المستحقين ، حتى لقد بلغ ما يستحقه بعض الناس فى وقف نحو عشرين قرشاً كل شهر ، ولو أن المستحقين لتلك الأجزاء الضئيلة قد باعوا نصيبهم لاستطاعوا أن يجعلوا من ثمنه رأس مال ، ولو كان قليلا ، واستغلوه استغلالا يدر عليهم أكثر مما يستحقون فى الوقف .

(و) عدم رعاية الأعيان الموقوفة ، كما ترعى الأملاك الحرة فإن حرص الإنسان على ملكه تدفعه إلى حسن القيام عليه وإدارته إدارة حسنة ، أما النظار فى الأوقاف والمستحقون فإنهم لا يهمهم منها إلا الثمرة العاجلة ، ولا يهمهم بعد ذلك دوام صلاح العين والاحتفاظ بها .

٢٧ — هذه جملة من الأمور التى ضجوا بسببها من نظام الوقف ، وقد بنى على هذا بعضهم أن طلب إلغاء الأوقاف جملة وبعضهم طلب إلغاء الأوقاف الأهلية ، وبعضهم اقتصد فى الطلب ، ولم يحاول هدم البناء ، أو جانب منه ، بل اتجه إلى معالجة موضع الداء ، ورأب الجزء المتصدع ، ليساير البناء الزمان ،

لا لبهدمه ، فكان من هذه الاقتراحات المعتدلة .

(ا) تجزئه النظر بمعنى أن الموقوف عليهم يكونون أحق بالنظر ، ويقام كل ناظر على حصته إذا لم يكن الواقف حيا ، فإن كان الموقوف عليه قد انحصر فيه الاستحقاق كان ناظراً على حصته ، وإن كان المستحقون جمعاً محصوراً ، وطلبوا أن يكونوا نظاراً على حصصهم أجيبوا مع أخذ ضمانات كافية للمحافظة على عين الوقف ، حتى ينتفع بها من بعدهم .

(ب) تسهيل الاستبدال بأن توضع القواعد اللازمة لتسهيل الاستبدال ، وذلك لكى تنتقل الأعيان الموقوفة من يد إلى يد ، وتحل محلها غيرها ، فيجرى التعامل فيها كالأعيان الحرة[1] .

(ج) تعديل أحكام الوقف المعمول بها الآن ، بحيث تمنع اللعب فى المواريث وجعل بعض الأولاد فى فقر مدقع ، والآخر فى ثروة فاحشة ، والنظر فى الشروط التى اشترطها ويشترطها الواقفون وتعديلها .

(د) حماية المستحقين فى الأوقاف الأهلية من المرابين .

ولم تقف الحكومة المصرية جامدة إزاء هذه الحركات ، والاقتراحات ، واتجهت إلى إجابة المعتدل منها ، وسارعت إلى معالجة ما لا يحتاج إلى تأجيل منها ، وهو حماية المستحقين فى الأوقاف الأوقاف الأهلية من المرابين ، فأصدرت قانونا يمنع الحجز على عشرين ومائة جنيه فأقل .

أما العيوب الأخرى فقد فتحت صدرها للاقتراحات من ذوى الرأى فى الأوقاف ، وخصوصاً الذين يعالجون مشاكلها كل يوم ، ويعرفون موضع الداء فيها ، وهم القضاة المختصون ، وقد اجتمع فريق منهم ، واقترحوا اقتراحات

---

(١) قد تبين من السياق التاريخى الذى أسلفناه أن استبدال الوقف كان فى الماضى طريق هدمة ، فكان الداء الذى ضج منه الفقهاء ، فانظر إلى اختلاف العصور كيف جعل الاستبدال دواء ، بعد أن كان داء ، وفى الفقه الإسلامى متسع للاعتبارين .

لا تخرج عن الاقتراحات المعتدلة ، ولكن تزيد عليها تنظيم محاسبة النظار بحيث يكون إجبارياً لا اختيارياً ، ويكون سنوياً ، ولا يكون عند تقديم شكوى .

ولقد كتبت فى هذا الابان كتابات فى الوقف غاص الكتاب العارفون فى أعماق المذاهب الإسلامية ، ومنهم من انتهى إلى نتائج طيبة ، وقد نشرت هذه البحوث فى مجلة القانون والاقتصاد فى السنين التى تبتدىء من سنة ١٩٣١ وتنتهى فى سنة ١٩٤١ ، وكان للمرحوم الأستاذ أحمد إبراهيم شيخنا السبق فى هذا الميدان .

ولما ألفت لجنة الأحوال الشخصية سنة ١٩٣٦ وانتهت من بحث المواريث ، وإعداد قانونها سنة ١٩٤١ اتجهت من بعدها إلى الوقف والوصية ، فكانت تلك البحوث المستفيضة تحت نظرها ، وكان من أعضائها الأستاذ المرحوم أحمد إبراهيم .

وقد انتهى عمل اللجنة إلى اقتراحات خاصة بالوقف والوصية ، وقد نالها التغيير والتبديل فى لجان مجلسى النواب والشيوخ ، وانتهى أمرها فى الوقف إلى القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الوقف وما زالت بعض أحكام هذا القانون معمولا بها فى مصر ، وفى لبنان الذى اقتبست منه سنة ١٩٥١ ، ولذلك لا بد من الإشارة إليه بكلمة موجزة .

قانون تنظيم الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦

٢٩ — وهنا نذكر أهداف هذا القانون من غير أن نتعرض بالتفصيل لما عالجه من داء، وصلاحيته لأن يكون هو الدواء، وما عساه يكون فيه من عيوب جعلت بعض أجزائه ضررها أكبر نفعها .

لا نتعرض للقانون من جهة ما تعرض له من شكليات خاصة بالتسجيل من حيث إنه لا يعتبر الوقف موجود إلا إذا سجل فلذلك موضعه عند الكلام في إنشاء الوقف.

ولكن نتعرض له من حيث ما استهدفه من أغراض ، فقد استهدف ثلاث غايات ، وحاول أن يحققها .

أولا — أن يكون نظام الوقف مرنا يصح تغييره فى أى وقت ، والانتفاع به بكل وسائل الانتفاع الممكنة ، وفى سبيل تحقيق هذه الغاية شرع أحكاماً لم تكن فى المذهب الذى كان معمولا به من قبل .

(ا) ومن ذلك اعتبار كل وقت غير لازم ما دام الواقف حيا ، ولم يستثن من هذا الحكم إلا وقف المسجد ، وما وقف على المسجد ابتداء ، فإن ذلك اللزوم ضرورى ليستمر المسجد قائما ، فيؤدى فيه الشعائر الدينية ، فببقائه يستمر كيانه ، وبلزوم ما وقف عليه تستمر الشعائر تؤدى فيه على وجه يحقق الغاية منه .

ولم يقتصر حكم عدم اللزوم بالنسبة للأوقاف المستقبلة ، بل أجرى ذلك على الأوقاف السابقة إلا إذا كان الواقف قد حرم نفسه وذريته من الاستحقاق ومن الشروط العشرة ، أو كان الوقف فى نظير عوض مالى أو ضمانا لحق مالى .

(ب) ومنها أن الوقف على الذرية وعلى غير جهات البر لا يكون إلا مؤقتاً بستين سنة أو بطبقتين ، وأما الخيرى فإنه يجوز أن يكون مؤقتاً ومؤبداً . وقد استثنى من الوقف الخيرى وقف المسجد ، فإنه لا يكون إلا مؤبداً . وذلك لصيانة حرمة المسجد .

(ج) ومنها أن شروط الواقف غير محترمة إذا كانت غير متفقة مع مقاصد الشارع ،كاشتراط عدم الزواج فى الاستحقاق ، ولم يجعل من شروط الواقفين واجب الاحترام إلا مايتحقق فيه مصلحة ، فكل شرط لا مصلحة فيه لا يجب الوفاء به ، فمن وقف داراً واشترط سكناها ، فللموقوف عليه أن يسكنها وأن يستغلها ، ومن وقف واشترط أن ينال المستحق الفقير خبزا يصح أن يكون بدل الخبز مالا .

(د) جواز إنهاء الوقف الذى صدر قبل العمل بالقانون ، أو بعده ، وكان مؤبداً ، وكان ذلك فيما إذا تخربت عين من أعيان الوقف ، أو كل أعيانه ، ولا سبيل إلى عمارته لعدم وجود مال يعمر به ، ولا يمكن استبداله ففى هذه الحال يجوز للقاضى أن يحكم ببيعه ، وتقسيمه بين المستحقين ، إذا طلبوا الحكم بذلك ، وإذا كان الواقف حياً آلت الملكية إليه .

ويجوز إنهاء الوقف إذا أصبحت حصة المستحق ضئيلة فله أن يطلب الإنهاء فى حصته ، وتصير ملكا له ، وإذا طلب المستحقون جميعاً أنهى الوقف جميعه بحكم القضاء ، وآلت الملكية إليهم ، مع ملاحظة أن الواقف إن كان حياً تئول إليه الملكية .

وينتهى الوقف إذا كان البدل ضئيلا أيضا ، ويكون ذلك بحكم قضائى ، ويجوز للمحكمة أن تصرف مال البدل لعين من أعيان الوقف بيعت فى عمارة بقية أعيان الوقف ، وبذلك ينتهى الوقف ، ولكن هذا فى الحقيقة ليس فى معناه إنهاء ، ولكنه تصرف فى أعيان الوقف ، بما يجعله فى مجموعه يتجه نحو كل وجه من وجوه الانتفاع .

(هـ) ومنها جواز وقف المنقول والأسهم ، وجواز استغلال أموال البدل فيها .

فكل هذه النواحى حاول فيها واضعو هذا القانون أن يحققوا بها الهدف الأول ، أو الغاية الأولى ، وهى أن يكون نظام الوقف مرنا فى دائرة المصلحة .

٣٠ — والغاية الثانية التى تغياها ذلك القانون حماية الورثة من ظلم الواقفين ، وقد نص فى المادة الرابعة والعشرين منه على حماية الذرية الوارثة ، والزوجين والأبوين ، ولم يقصد إلى حماية غيرهم ، وقد حمى القانون حق هؤلاء فى الثلثين فإذا وقف الشخص ماله كله وجب أن يكون للموجود من هؤلاء استحقاق واجب بمقدار ما يساوى نصيبهم فى ثلثى المال ، وله التصرف فى الثلث ، وله أن يحابى به بعض هؤلاء ، لأن قانون الوقف هذا كقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، أجاز الوقف للوارث ومحاباته بمقدار الثلث ، كما أباح قانون الوصية ذلك .

وأجاز للواقف أن يجعل استحقاق أحد الزوجين أو الأبوين له مدة حياته ، ومن بعده يكون لذرية الواقف ، ولم يجز حرمان واحد من هؤلاء من استحقاقه إلا فى إحدى حالتين :

إحداهما — قتل الوارث للمورث . فيحرم من استحقاقه فى الوقف ، إذا كان ذلك القتل يمنع من الميراث .

الثانية — إذا حرم الواقف صاحب الاستحقاق من كل استحقاقه أو بعضه لأسباب قوية تراها المحكمة مسوغة للحرمان ، كعقوق واضح ، أو تزوج بامرأة أجنبية ثبت أنها أفسدت أخلاقه ودينه .

وقد اعتبر من المبررات المسوغة للحرمان ما إذا اشترطت الزوجة حرمان زوجها من الميراث إن طلقها أو تزوج غيرها وهى فى عصمته .

٣١ — ولم يحم القانون غير هؤلاء من الورثة ، فلو كان الورثة جميعاً ليسوا من هؤلاء جاز أن يقف كل ماله ، وإذا كانوا يرثون مع غيره ، كأشقاء مع بنت حمى نصيب البنت فى الثلثين ، ولا يحمى نصيب الأشقاء ، بل إن هذا القانون حمى ميراث الذرية ، ولو كانت من ذوى الأرحام لا من أصحاب الفروض ، ولا من العصبات ، ولم يحم الأجداد ولو كانوا عصبات ، فأبو الأب لا يحمى نصيبه . وبنت البنت يحمى نصيبها .

ولعله بهذا سلك مسلك بعض القوانين الأوربية والرومانية التى لا تعترف بميراث إلا للذرية والزوجين ، ولهذا جاء علاج هذا القانون ناقصاً ، فإنه لم يحم كل الورثة الذين اختصهم القرآن ، حتى لا يضيعهم الذين يتحكمون فى أموالهم من بعد موتهم ، كالأخوة الأشقاء أو لأب ، والأخوة لأم .

٣٢ – الغاية الثالثة التى اتجه إليها ذلك القانون هو حماية المستحقين من النظار، وحماية الأعيان الموقوفة من النظار أيضا .

وفى سبيل حماية الأعيان الموقوفة من النظار منع الاستدانة على الوقف إلا بإذن من المحكمة ، فيما عدا ما يلزم لإدارة الوقف واستغلاله ، واعتبر الناظر مسئولا عن تقصيره الجسيم نحو أعيان الوقف وغلاته ، سواء أكان يأخذ أجرة نظر أم لا يأخذ ، وهو مسئول عن التقصير اليسير إذا كان يأخذ أجرة .

وفى سبيل المحافظة على أعيان الوقف أيضا أوجبت أن يحتجز الناظر كل سنة ما يعادل ٢٫٥من صافى ريع مبانى الوقف ، ويجوز استغلاله إلى حين صرفه على ما رصد له وبالنسبة للأراضى الزراعيـــة لا يحتجز الناظر من صافى ريعها لإصلاحها أو تجديد مبان أو آلات بها إلا بإذن من المحكمة .

وفى سبيل المحـافظة على حقوق المستحقين أوجب على الناظر ألا يعمر أعيان الوقف بما يزيد على خمس صافى الغلات إلا برضا المستحقين أو بإذن من المحكمة ، والمحكمة تقدر ماتراه وتحكم بما يؤدى إليه النظر . إما باحتجاز كل ما يلزم للعماره ، أو يصرف جزء من الغلة مع الاحتياطى القائم أو الاكتفاء بالاحتياطى .

وفى سبيل المحافظة على حقوق المستحقين قرر القانون ألا يولى أجنبى وفى المستحقين من يصلح ، وفى سبيل المحافظه على حقوق المستحقين أجيز قسمة النظر عليهم إذا كانوا معينين وطلبوا ذلك ، وتكون القسمة لازمة إلا إذا كان الواقف حيا ، فإنه يعتبر هو الناظر وغيره وكيل عنه .

وفى سبيل المحافظة على أعيان الوقف وحقوق المستحقين منع اشتراط الشروط

العشرة لغير الواقف ، وذلك خاص بالتصرفات التى لم يسوغها القانون بمقتضى أحكامه الجديدة .

٣٣ — وقد اشتمل القانون على أحكام أخرى ليس لها هدف معين، ولكنه رأى لواضعيه فى ناحية ، أو اختيار رأى على رأى ، وبعضه كان علاجا لداء . ومن ذلك تقييد الإقرار بالاستحقاق وإبطال الإقرار بالنظر ، فقد صرحت المادة ٢١ منه بأن إقرار الواقف أو غيره بالنسب على نفسه لا يتعدى إلى الموقوف عليهم ، متى دلت القرائن على أنه متهم فى هذا الإقرار ، وصرحت المادة ٤٤ بأنه يبطل إقرار الناظر لغيره بالنظر على الوقف منفرداً أو مشتركا .

ومن هذه الأمور مسألة نقض القسمة ، وقد كان عمل القانون إجابة لدعوى بعض المستحقين .

وإن ذلك ، وإن كان فيه مصلحة للطبقة التى استحقت ـ فيه ضرر على التى تليها ، ومن ذلك أيضا الكلام فى وقف المشاع وحكمه ، فقد اختار جوازه إذا كان قابلا للقسمة ، ومنع الجواز إذا لم يكن قابلا .

وفى الجملة إن هذا القانون كان خطوة لها مابعدها ، وقد قررنا أن بعض أحكامه ما زال قائما فى مصر ولبنان .

إلغاء الوقف الأهلى

٣٤ – كان قانون سنة ١٩٣٦ خطوة إلى الأمام ، وهو إن لم تكن كل أحكامه إصلاحية ، قد أزال ما كان لبعض أحكام الوقف من قدسية حتى لقد كان يدعى أن إلغاء الوقف محاربة للسنة كما جاء على لسان الإمام الليث ، وذلك عندما اشتكى قاضى مصر الذى ألغى الاحتباس عملا برأى الإمام أبى حنيفة رضى الله عنه ، فقد أخذ ذلك القانون بجواز الرجوع فى الوقف إذا لم يكن وقف مسجد ولم يكن وقفا على مسجد .

ولقد كان ذلك القانون مسهلا لمن يجىء بعده ، فإنه فى الإقليم السورى ألغى الوقف الأهلى، أو الوقف الذرى كما يسمى هنالك ، وبذلك سبق الإلغاء فيه الإلغاء فى مصر بزمن قصير ، وجاء بعد ذلك إلغاؤه فى القانون المصرى رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .

وقد جاء نص هذا القانون مانعاً للوقف على غير الخيرات ، ومنهيا الوقف على ما عداها ، وإذا انتهى لوقف الأهلى أو الذرى آلت الملكية فى الأعيان الموقوفة إلى الواقف إذا كان حياً ، أو إلى المستحقين بالفعل إذا لم يكن حيا ، ومع ذلك فى حال حياته إذا كان الوقف فى نظير عوض مالى أو ضماناً لحق مالى وثبت ذلك ، فإن الرقبة تنتقل إلى من يلى الواقف فى الاستحقاق ، ويكون له هو حق الانتفاع مدى الحياة .

ولقد أعقب ذلك القانون الذى عدل بالقانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢ فى بعض الأحكام قانون آخر ، جعل النظارة على الأوقاف الخيرية كلها لوزارة الأوقاف إلا إذا كان الواقف قد اشترط لنفسه النظر ، أو كانت جهة الخير جهة خاصة كمضيفة أو فقراء الأسرة ونحو ذلك ، وقد استثنى من حكم النظارة أوقاف غير المسلمين ، فإنه ليس لوزارة الأوقاف عليها ولاية ، بل تكون النظارة للمحكمة ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه .

ولقد اشتمل ذلك القانون الذى جعل النظارة للوزارة بالنسبة لأوقاف المسلمين ، وهو القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ المعدل بالقانون رقم ٥٤٧ لسنة ١٩٥٣ - اشتمل ذلك القانون أيضا على أن وزارة الأوقاف لها الحق المطلق بإجازة المحكمة المختصة - فى التغيير فى مصارف الوقف ، مادامت على جهة الخير . وذلك بالنسبة لأوقاف المسلمين التى لها عليه الولاية .

٣٥ — وإن الباعث على إلغاء الوقف الأهلى فى مصر يتفق مع المنطق الذى قام عليه الإصلاح الاقتصادى والاجتماعى فى مصر ، فإن إزالة الإقطاع ، والحد من الملكية الزراعية كانت تقتضى ذلك حتما ، لأن أراضى زراعية كثيرة كانت موقوفة وقفاً أهليا ، وقد ذكرنا أن الوقف كان يبلغ نحو تسعة عشر ألف فدان كل عام ، فكان المنطق يوجب حل الوقف الأهلى ، ليعرف ما يملكه كل شيء على وجه التبيين ، وتزول ملكيته فى الزائد عن المقدار المحدود فى نظير سندات يقبضها ، وذلك فوق العيوب الذى لا حظناها فى الوقف الأهلى .

ولقد ألغيت من قانون سنة ١٩٤٦ الأحكام التى تتخالف مع قانون إلغاء الوقف الأهلى ، وما انبنى عليه من قوانين أخرى .

ولقد التقى قانون الإقليم المصرى مع قانون الإقليم السورى فى النتيجة . ولكن اختلف معه فى أمر شكلى ، وأمر آخر جوهرى ، فأما الأمر الشكلى فهو أن القانون السورى قد عرف الوقف الخيرى الذى استمر باقيا ، ليتميز عن الوقف الذى زال ، وأما القانون المصرى فقد ترك الأمر للقضاء ، وهذا فارق شكلى بلا شك .

وأما الفارق الجوهرى فهو أن القانون السورى لم يعتبر وقفا خاليا من خيرات ، بل اعتبر كل وقف ذرى أو أهلى هو فى معناه يشتمل على خيرات . لأن كل وقف فى الماضى كان ينتهى إلى جهة لا تنقطع ، ولهذه النهاية المقدرة كان كل وقف ذرى انتهى يخصم منه لجهة البر مقدار بنسبة معينة ، والباقى يكون ملكا

للمستحقين وإن هذه بلا شك نظرة سليمة من جهة الفرض والتقدير .

٣٦ — وإنه بإلغاء الوقف الأهلى فى مصر وسوريا ، وبالحقوق التى اكتسبتها وزارة الأوقاف بالنسبة للأوقاف الخيرية انقطع الوقف بشطريه الأهلى والخيرى ، فالأهلى مقطوع بحكم القانون ، والخيرى قطع لما لوحظ من الانقطاع بين ذرية الواقف والوقف ، والتصرف المطلق لوزارة الأوقاف فى إرادته ، بل إنه لوحظ أن الذين وقفوا ، وكان لهم حق الرجوع رجع كثيرون منهم عن أوقافهم .

ولم يبق من الأوقاف الخيرية إلا وقف المسجد ، وما يوقف عليها ، فإن الناس ما زالوا يقبلون على هذا النوع من الوقف الخيرى .

ولا شك إن إحجام الناس عن الوقف الخيرى ، قد يكون سببا فى تجنب عيوب الوقف بشكل عام ، ولكنه من الناحية الاجتماعية لا يخلو من ضرر ، ولذلك فكر بعض الناس فى تعديل قانون الإلغاء ، وأساسه أنه يجوز الوقف على النفس مدى الحياه ، وأن يجعل للواقف الحق فى أن يجعل فى وقفه الخيرى النظر لأولاده الصلبيين ، وأنه عند تغيير مصرف الوقف يجب أن يكون التغيير لتحقيق مقصد الواقف ما لم يكن خالياً من المصلحة كالوقف الكثير على المقابر ، ولنضرب مثلا للتفسير المقبول أن يقف شخص على طلبة العلم فى المذهب الحنفى ، أو على شيوخ المذهب الحنفى ، فإن الواقف بلا شك يقصد تشجيع دراسة هذا المذهب وإعلان شأنه ، فإذا كان لا بد من تغيير المصرف يكون فى دائرة هذا القصد ، وذلك بأن ينفق من الريع على إخراج مخطوطات ، أو تأليف كتب فيه الخ .

هذا وإنا سنذكر كل القوانين الذى ذكرناها فى موضعها إن شاء الله من دراستنا .

فقـــه الوقف

٣٧ — أجمع تعريف لمعانى الوقف عند الذين أجازوه أنه حبس العين. وتسبيل ثمرتها، أو حبس عين والتصدق بمنفعتها أو كما قال ابن حجر العسقلانى فى فتح البارى: «إنه قطع التصرف فى رقبة العين التى يدوم الانتفاع بها وصرف المنفعة» فقوام الوقف فى هذه التعريفات المتقاربة حبس العين فلا يتصرف فيها بالبيع والرهن والهبة ولا تنتقل بالميراث، والمنفعة تصرف لجهات الوقف على مقتضى شروط الواقفين.

ولقد كان من الفقهاء من أنكر شرعية الوقف بهذا المعنى وعده باطلا، ولا يصح إقراره، إذ كيف يمنع الإنسان من التصرف فى ملكه، ومن هؤلاء شريح، واسماعيل بن اليسع الكندى وأبو حنيفة وزفر، وحكاه بعض الرواة عن ابن مسعود، وابن عباس وعطاء بن السائب والشعبي. ولقد قال بعض العلماء أن انكارهم لشرعية الوقف، إنما هو منصب على منع التصرف فى الرقبة، ببيعها، وهبتها، وعدم انتقالها بالإرث وغير ذلك، أما صرف المنفعة إلى الجهة التى عينها، فيقر عليه الواقف، ويجب عليه تنفيذه، ولذلك جاء فى عمدة القارىء ما نصه: «لا خلاف بينهم فى جواز الوقف فى حق وجوب التصدق بما يحصل من الوقف ما دام حيا حتى إنه وقف داره أو أرضه يلزمه التصدق بغلة الدار والأرض، ويكون ذلك بمنزلة النذر بالغلة، ولا خلاف أيضا فى جوازه إذا اتصل به قضاء القاضى، أو أضافه إلى ما بعد الموت».

وهاتان المسألتان فى الحقيقة لا تخرّجان على جواز الوقف، وإنما تخرجان على قاعدتين أخريين غير الوقف أولاهما ـ قاعدة فقهية مقررة، وهى أن حكم الحاكم إذا صادف فصلا مجتهداً فيه رفع الخلاف فيما صادفه حسما لمادة النزاع. والثانية أن كل تصرف مضاف إلى ما بعد الموت وصية، وأن الوصية بالمنافع لجهة الخير تجوز، فالوقف فى الصورة الثانية يُخرّجُ على أنه وصية.

وجاء فى البدائع « لا خلاف بين العلماء فى جواز الوقف فى حق وجوب التصدق بالريع ما دام الواقف حيا ، حتى إن من وقف داره أو أرضه يلزمه التصدق بغلة الدار والأرض ، ويكون بمنزلة النذر بالتصدق بالغلة ، ولا خلاف أيضا فى حق زوال ملك الرقبة إذا اتصل به قضاء القاضى أو أضافه إلى ما بعد الموت . . . واختلفوا فى جوازه مزيلا لملك الرقبة إذا لم توجد الإضافة إلى ما بعد الموت ، ولا اتصل به حكم حاكم ، قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يجوز حتى كان للواقف بيع الموقوف وهبته ، وإذا مات أجيز ميراث لورثته . وقال أبو يوسف ومحمد وعامة العلماء يجوز ، حتى لا يباع ولا يوهب ، ولا يورث»[1].

وجاء فى الإسعاف « الصحيح أنه جائز عند الكل ، وإنما الخلاف بينهم فى اللزوم وعدمه ، فعند أبى حنيفة رحمه الله ، يجوز جواز الإعارة ، فتصرف منفعته إلى جهة الوقف مع بقاء العين فى حكم ملك الواقف ، ولو رجع عنه فى حال حياته جاز مع الكراهة ، ونرى من هذه النصوص أن محل النزاع إنما هو فى حبس الرقبة عن التصرف ، فأبو حنيفة ومن قال إن الوقف باطل أو غير لازم يمنعون ذلك ، والجمهور من العلماء الذين يرون مشروعية الوقف على المعنى الذى أسلفنا يجيزون ذلك ، ويرتبون عليه آثاره ، أما المنفعة ، فإنها تصرف وجوبا فى الصدقات ، أو تملك تمليك العارية عند أبى حنيفة ، وعند الجمهور يكون صرف المنفعة واجبا ، لأن العين تعلق بها استحقاق المستحقين ، والوجوب فيها وجوب قضائى ، لا دينى فقط .

وهل صرف الغلة واجب عند أبى حنيفة أو جائز ؟ لقد وجدنا صاحب الإسعاف يقول إنه جائز جواز الإعارة وجاء فى بعض عبارات كتب الحنفية أنه واجب وجوب النذر ، وقد ذكر ذلك صاحب البدائع ، والحق أنه إذا الوقف على جهة بر ابتداء يكون الصرف عليها واجبا وجوب النذر بمعنى أنه يجب ديانة

---

(١) البدائع جـ ٦ ص ٢١٨

ولا يجب قضاء ، وإذا كان الوقف ليس على جهة بر ابتداء كالوقف على فلان ، فإنه يكون غير لازم ، ويكون جائزاً جواز الإعارة .

٣٨ — إلى هنا قد بينا حقيقة الوقف ، وموضع الخلاف ، والآن نبين أدلة كل فريق من هؤلاء المختلفين وقد استدل الذين مانعوا فى لزومه بما يأتى :

(ا) مارواه الطحاوى عن ابن عباس أنه قال سمعت رسول الله ﷺ بعد ما أنزلت سورة النساء « ينهى عن الحبس » وأخرج البيهقى عن ابن عباس أيضا أن النبى ﷺ لما نزلت آية الفرائض قال : « لا حبس عن فرائض الله » ولا شك أن منع العين من التصرف ، وعدم انتقالها إلى الورثة فيه حبس عن فرائض الله .

(ب) ما روى من أن عمر رضى الله عنه قال فى وقفه الذى ذكره لرسول الله ﷺ : « لولا أنى ذكرت صدقتى لرسول الله ﷺ لرددتها » ، فدل هذا على أن الوقف لا يمنع الرجوع ، وأن عمر رضى الله عنه ما امتنع عن الرجوع إلا لأن رسول الله ﷺ فارقه على أمر فلم يشأ الرجوع فيه وفاء للرسول ﷺ ، وبراً به ومحبة له .

(ح) أن فى حبس العين عن التصرف مناقضة للمبادئ الفقهية المقررة ، لأن من المقررات الفقهية قاعدتين :

إحداهما — أن الملكية تقتضى حرية التصرف بالبيع والهبة والرهن وتنويع الاستغلال ، فكل عقد يمنع تلك الحرية التى هى لازم للملكية يجب أن يكون باطلا ، لأنه يفصل اللازم عن ملزومه .

الثانية — أن الشىء إذا وقع فى ملك أحد لا يخرج عن ملكه إلى غير مالك ، وفى الحبس مناقضة لذلك ، إذا قلنا إنه يخرج عن ملك الواقف إلى غير مالك ، وإن يكون على حكم ملك الله تعالى .

وإن قلنا إنه باق على ملك الواقف كما قال مالك والإمامية ، فإن ذلك يكون

مناقضاً للقاعدة الأولى ، إذ يكون مالكا ملكا مطلقاً ، ولا ينتفع بالعين ، ولا يملك التصرف فيها ، وإن قلنا إنه ينتقل إلى الموقوف عليهم إذا كانوا معينين ، ورد عليه ما ورد على من يقرر أن الملكية تستمر على ذمة الواقف ، لأنهم لا يملكون إلا المنفعة ، ولا يملكون التصرف فى العين .

وما يقال من أن العين تخرج إلى ملك الله ، كما يخرج كلام أبى يوسف ومحمد والشافعى ـ كلام مجازى فى الحقيقة ، وذلك لأن الله سبحانه وتعالى يملك كل شىء ، والملكية التى يقررها الفقه والقانون معناها حق التصرف بالبيع والرهن وانتقالها بالميراث ، وهذه معان لا يليق أن تسند لله تعالى .

وإذا قيل إن معنى الملكية لله أن يكون مملوكا لبيت المال كان باطلا ، لأن بيت المال لا سلطان له عليها ، فهو لا يتصرف فيها كما يتصرف فى الأموال التى يملكها ، وفوق ذلك مصارف الأوقاف ليست دائماً من قبيل مصارف بيت المال ، فلا معنى إذن لهذه الملكية .

وبعد مناقشة الوقف وتطبيقه على القواعد الفقهية يتبين أنه مجاف للقياس الفقهى ، فالنصوص تعارضه ، والقياس يجافيه ، فعلى أى أساس فقهى يثبت .

٣٩ ـ وقد استدل جمهور الفقهاء الذين قرروا نظام الوقف بما يأتى :

(ا) ما روى من وقف عمر رضى الله عنه بأمر النبى ﷺ وقد أشرنا إليه ، وقد استمسكوا بهذا النص أشد الاستمساك ، وقالوا إنه الأولى بالأخذ ، وإن القواعد الفقهية لا تقف أمام النصوص .

(ب) ما روى عن عثمان بن عفان رضى الله عنه أنه قال : « إن النبى ﷺ قدم المدينة ، وليس بها ماء يستعذب غير بئر رومة ، فقال من يشترى بئر رومة ، فيجعل دلوه مع دلاء المسلمين بخير منها فى الجنة ، فاشتريتها من صلب مالى » ، وفى رواية أخرى أنه قال : « قد خليتها للمسلمين » ، وليس هذا إلا حبس رقبة العين ومنعها من أن يتصرف فيها ، ولا يمكن أن يكون دلوه فيها كدلاء المسلمين

إلا إذا كانت المنفعة قد خرجت من سلطانه على الأقل ، إن لم تكن العين كلها قد خرجت .

(ح) ما تضافر من أوقاف الصحابة رضوان الله تبارك وتعالى عنهم ، حتى إن جابراً يقول : لم يكن أحد من أصحاب رسول الله ذو مقدرة إلا حبس » ولقد نقل الشوكانى فى نيل الأوطار عن القرطبى أنه قال : « راد الوقف مخالف للإجماع ، فلا يلتفت إليه » وقال الشافعى فى الأم : « لقد حفظنا الصدقات عن عدد كثير من المهاجرين والأنصار » ، ولقد حكى لنا عدد كثير من أولادهم وأهليهم أنهم لم يزالوا يلون صدقاتهم حتى ماتوا ، ينقل ذلك العامة منهم عن الخاصة ، لا يختلفون فيه ، وإن أكثر ما عندنا بالمدينة ومكة لكما وصفت ، لم يزل يتصدق بها المسلمون من السلف حتى ماتوا ، وإن نقل الحديث فيها كالتكلف .

ولقد روى الخصاف أكثر من عشرين خبراً فى أوقاف الصحابة والتابعين ، وفيها كلها حبس للعين عن التصرف ، وفى كثير منها وقف على الذرية والأقارب ، وإن صحت هذه الآثار ، فهى حجة على من أنكر الوقف فى أى ناحية من نواحيه[1] .

٤٠ — ويرد الذين أجازوا الوقف أدله المانعين بأدلة بعضها قوى ، وبعضها فيه نظر .

فيردون الدليل القياسى ، وهو مخالفة الوقف للقواعد الفقهية ، بأن الأقيسة الفقهية لا تعارض النصوص ، فلا قياس فى موضع النص ، وبأن خروج

---

(١) يشك بعض العلماء فى صحة أكثر ما رواه الخصاف ، لأن أكثر رواياته أو كلها ما عدا ثلاثاً منها من روايات الواقدى ، وهو من الرواة الذى اختلف فى شأنهم رجال الحديث ، وقليل من قبل روايته ، والأكثرون لم يقبلوها ، وقال فيه البخارى إنه متروك ، وقال فيه أحمد بن حنبل هو كذاب . وقال ابن معين ضعيف (راجع خلاصة تذهيب الكمال فى أسماء الرجال ص ٢٩٢ .

الشيء إلى غير مالك أمر قد يقره الشرع ، فقد أقر العتق وليس العتق إلا إخراجاً لعين مملوكة إلى غير مالك .

ونحن نقرهم فى أن القياس لا يعمل فى موضع النص ، ولكن لا نقرهم على المقايسة بين الوقف والعتق ، فإن الوقف فيه خروج شيء من شأنه أن يملك ، وطبيعته أن يكون مملوكا يجرى عليه البيع والشراء والهبة والاتهاب - إلى غير مالك ، أما العتق فإنه فك لغل الرق عن آدمى ليس من شأنه أن يكون مملوكا ، إذ الرق أمر عارض له ، والعتق رافع له يرده إلى أصله ، ففى الوقف إخراج الشيء عن أصله ، وفى العتق رد الشيء إلى أصله ، فلا قياس بينهما .

وردوا خبر إرادة عمر الرجوع عن وقفه بأن ذلك رأى له ، وليس للرأى ولو لصحابى موضع فى مقام النص .

وردوا الاستدلال بخبر «لا حبس عن فرائض الله» بأن فيه ضعفاً ، وعلى فرض صحته ليس فيه ما يعارض الوقف ، لأن الوقف ليس حبساً عن فرائض الله ، إذ هو تصرف فى العين فى حال الحياة ، كالهبة والصدقة العاجلة ، فإذا كان فى هاتين حبس عن فرائض الله تعالى فالحبس كذلك ، ولكن لا أحد قال إن فيهما حبساً عن فرائض الله .

ولقد قال ابن حزم فى إبطال هذا الدليل : «أما قوله لا حبس عن فرائض الله فقول فاسد ، لأنهم لا يختلفون فى جواز الهبة والصدقة فى الحياة ، والوصية بعد الموت ، وكل هذه مسقطة لفرائض الورثة عما لو لم يكن فيه لورثوه على فرائض الله عز وجل ، فيجب بهذا القول إبطال كل هبة ، وكل صدقة ، وكل وصية لأنها مانعة عن فرائض الله بالمواريث ، فإن قالوا هذه شرائع جاء بها النص ، قلنا والحبس شريعة جاء بها النص ، ولولا ذلك لم يجز ، واحتجوا بما روى عن ابن عباس من أنه لما نزلت سورة النساء ، قال رسول الله ﷺ: «لا حبس بعد سورة النساء» . وهذا حديث موضوع وابن لهيعة راويه لا خير فيه وأخوه مثله . وبيان وضعه

أن سورة النساء نزلت أو بعضها (يعنى آية المواريث) بعد أحد ، وحبس الصحابة بعلم رسول الله ﷺ بعد خيبر ، وبعد سورة النساء ، وهذا أمر متواتر جيلا بعد جيل ، ولو صح هذا الخبر ، لكان منسوخاً باتصال الحبس بعلمه عليه السلام إلى أن مات » .

ونرى أنه أبطل هذا الدليل من ثلاثة وجوه :

أولها — أن إخراج العين من الملك بالوقف فى حال الحياة لا يعتبر حبساً عن فرائض الله .

ثانيها — أن خبر « لا حبس بعد سورة النساء مطعون فى بعض رواته » .

ثالثها — أنه على فرض صحته منسوخ بأوقاف الصحابة بإقرار النبى ﷺ أو بإذنه ، كوقف سيدنا عمر رضى الله عنه ، فإنه كان بعد خيبر ، وآيات المواريث كانت فى السنة الثالثة بعد أحد .

٤١ — ولنا فى هذا الكلام وفى هذه الأدلة التى يتجاذبها الفريقان نظر ، أساسه أن الوقف فيه حبس عن فرائض الله تعالى أو ليس فيه حبس ، وأن سورة النساء أنهت إجازة الأحباس أو لا صلة للمواريث بالأحباس .

ونقول فى الإجابة عن ذلك إن الواقفين كما نرى من كتب الأوقاف ومصارفها ، وشروطها ينقسمون إلى قسمين :

فريق يقصد بوقفه حرمان بعض ورثته أو كلهم ، وفريق يقصدون بالوقف التقرب إلى الله تعالى .

ولا شك أن الفريق الثانى لا يتصل خبر ابن لهيعة بوقفه ، لأنه ليس فيه حبس عن فرائض الله تعالى . وأما الفريق الأول فإنه بلا شك قد حبس عن فرائض الله تعالى بوقفه ، وينطبق عليه الحديث ، وقول ابن حزم فى ابن لهيعة وأخيه عيسى إنه لا خير فيهما ـ فيه نظر ، فإن المحدثين يخالفونه فى هذا فقد جاء فى عمدة القارى تعليقاً على هذا الحديث : « فى سنده ابن لهيعة وأخوه عيسى » وهما ضعيفان . قلت :

ما لابن لهيعة !! وقد قال فيه ابن وهب : كان ابن لهيبة صادقاً ، وقال فى موضع آخر : « وحدثنى الصادق البار (والله) ابن لهيعة » وقال أبو داوود سمعت أحمد ابن حنبل يقول . « ما كان محدث مصر إلا ابن لهيعة » وعنه : من مثل ابن لهيعة بمصر فى كثرة حديثه وضبطه وإتقانه !! ولهذا حدث عنه أحمد فى مسنده بحديث كثير ، وأما أخوه عيسى فإن ابن حبان ذكره فى الثقات » .

وعلى ذلك لا مطعن فى الحديث بالنسبة لسنده ـ على أن الحديث فى الحقيقة قد أتى بقضية مشهورة مقررة ثابتة وهى أنه لا يمنع وارث عن ميراثه ، ولا يرد ذو فرض عن فرضه بالحبس أو غيره .

وأما الحكم بنسخ معنى الحديث فإنا لا نرى لذلك موضعاً ، لأنه أتى بقضية غير قابلة للنسخ ، وهى المنع من حرمان وارث من إرثه ، فهل قال أحد إنه يجوز أن يمنع وارث من إرثه ، على أنه لا يصار إلى النسخ إلا إذا تعذر التوفيق بين النصين أو الخبرين ، والتوفيق غير متعذر بين النهى عن الحبس عن فرائض الله تعالى ، وإقرار النبى ﷺ لبعض أوقاف الصحابة أو كلها ، بل إن التوفيق يلوح كما يلوح النجم الثاقب ، وذلك أن النهى عن الحبس منصب على الحال التى يكون فيها محاربة لنظام الميراث ، وإباحته التى وردت على مقتضاها أحباس الصحابة كانت فى الأحوال التى لم تكن فيها محاربة للمواريث ، وذلك هو اللائق بالصحابة ، لأنهم لا يمكن أن يقصدوا بأوقافهم حرمان الورثة ومصادمة قسمة الله تعالى العادلة التى قسم بها المواريث ، والنبى ﷺ بين ظهرانيهم يهديهم ويرشدهم ويشرح لهم شرع الله سبحانه وتعالى .

٤٢ — وننتهى من هذا التوفيق إلى حكم نستنبطه ، وهو أن الأوقاف التى يقصد بها إيثار بعض الورثة بالميراث كله أو بعضه ، وحرمان الآخرين ، أو تطفيف حقوقهم أوقاف غير جائزة ولا يقرها الشرع ، ولا يرعاها بحمايته ولسنا بدعا فى هذا الرأى ، فقد حكم به كثيرون من الفقهاء ، وأحسن ما قرأناه

فى هذا المقام ـ ما قاله صاحب الروضة الندية الذى سمى الوقف الذى يقصد به حرمان بعض الورثة وقفاً طاغوتياً ، وقد قال رضى الله عنه :

ومن وقف شيئاً مضادة لوارثه كان وقفه باطلا ، لأن ذلك مما لم يأذن به الله سبحانه وتعالى ، بل لم يأذن إلا بما كان صدقة جارية ينتفع بها صاحبها ، لا بما كان إثما جارياً ، وعقاباً مستمراً ، وقد نهى الله تعالى عن الضرار فى كتابه العزيز عموماً وخصوصاً ، ونهى عنه النبى ﷺ عموما كحديث «لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام» وخصوصاً كما فى ضرار الجار ، وضرار الوصية ونحوهما ، والحاصل أن الأوقاف التى يراد بها قطع ما أمر الله به أن يوصل ، ومخالفة فرائض الله عز وجل باطلة من أصلها لا تنعقد بحال من الأحوال ، وذلك كمن يقف على ذكور أولاده دون إناثهم ، وما أشبه ذلك ، فإن هذا لم يرد التقرب إلى الله تعالى ، بل أراد المخالفة لأحكام الله عز وجل ، والمعاندة لما شرعه لعباده ، وجعل هذا الوقف الطاغوتى ذريعة إلى ذلك القصد الشيطانى ، فليكن هذا منك على ذكر ، فما أكثر وقوعه فى هذه الأزمنة ، وهكذا وقف من لا يحمله على الوقف إلا محبة بقاء المال فى ذريته ، وعدم خروجه عن أملاكهم ، فيقفه على ذريته ، فإن هذا إنما أراد المخالفة لحكم الله عز وجل ، وهو انتقال الملك بالميراث ، وتفويض الوارث فى ميراثه ، يتصرف فيه كيف يشاء ، وليس أمر غنى الورثة أو فقرهم إلى هذا الواقف ، بل هو إلى الله عز وجل ، وقد توجد القربة فى مثل هذا الوقف الذى يكون على الذرية ـ نادراً بحسب اختلاف الأشخاص ، فعلى الناظر أن يمعن بالنظر فى الأسباب المقتضية ، ومن النادر أن يقف على من يتمسك بالصلاح من من ذريته ، أو اشتغل بطلب العلم ، فإن هذا الوقف يكون المقصد فيه خالصا لله ، والتوبة متحققة والأعمال بالنيات ، ولكن تفويض الأمر إلى ما حكم الله به عباده وارتضاه لهم أحق وأولى[1] » .

---

(١) الروضة الندية جـ ٢ ص ١٦٠ طبع السلفية .

٤٣ — ونرى من هذا أن كل وقف يقصد به مضارة الوارث - يجب أن يكون باطلا ، وقد يقال إن الغرض والنية أمور قد انطوت عليها الصدور ، فلا يبنى عليها قضاء ، فنقول إن هذه الأغراض يكشفها ما يحيط بالواقف عند إنشائه وما تومىء إليه عبارات الواقف ، والقاضى الحصيف يتبين المقصد بدراسة الأحوال وصيغ الأوقاف ، إذ المضارة أمر معروف له شواهد وبينات ، واقرأ بعض كتاب وقف قد اطلعنا عليه فى سجلات الأوقاف القديمة فيتبين منه أن القصد مضارة الورثة ، فقد جاء فيه : « إن ما كان موجوداً أو يوجد للواقف من أقاربه ، عصبة كانوا أو ذوى رحم ، لقرابة بعيدة ، أو قريبة ، ذكوراً كانوا أو إناثاً فإنه لا دخل لهم فى هذا الوقف ، لا بنظر ، ولا بتحدث ، لا باستحقاق ، ولا بوظيفة ، ولا بأجرة ، ولا بقبض ، ولا صرف ، ولا بأخذ ، ولا عطاء ، ولا بغير ذلك بوجه من الوجوه مطلقاً ، ولو آل الوقف لأى جهة فإنهم ممنوعون مقطوعون عن ذلك ، أبعدهم وأكد منعهم عن ذلك جميعه ، هم وذريتهم ونسلهم وعقبهم ، ومن ينتسب إليهم بأى طريقة منعاً عمودياً أبدياً ، اللهم إنى أسألك بعظمة جلالك ، وقوتك ، وجلال عظمتك وبأسمائك كلها أن كل من سعى وأعان على إبطال هذا الشرط أن تنزل به البأس الشديد فى الدنيا والآخرة وأن تسربله بالخزى والخسران ، وأن تحشره مع أهل البغى والطغيان ، والأخسرين إعمالا ، إنه سميع مجيب [1] » .

ومن الواضح فى كل عبارة من عباراته أن مقصده إبعاد ورثته وقرابته جميعا ، فى نوبة غضب أو تحت تأثير هوى جامح كتب وقفه ، وسجل هذه العبارات القاطعة لما وصل الله سبحانه وتعالى ، وإن نصيبه من غضب الله تعالى بمقدار معاندته للميراث الذى شرعه سبحانه ، وإنه ينزل به ما يدعو به على قرابته .

وبعد هذه المناقشة للأدلة المختلفة بين الذين أجازوا الوقف باطلاق ، والذين منعوا لزومه باطلاق . نستخلص مغازى هذه الأدلة ، ومراميها - فننتهى إلى حقيقتين

(١) كتاب وقف أبى الأنوار السادات بدفترخانة المحاكم الشرعية السابقة .

مقررتين ثابتتين تنفق فيها أدلة المختلفين جميعاً ، إذا اطرحنا الأدلة القياسية من حسابنا ، وهى لا عمل لها فى موضع النصوص ، وهاتان الحقيقتان هما :

(ا) أن الأوقاف التى تقوم على الحبس على الذرية ، أو على من أحب لا نجد لهـا دليلا قوياً تعتمد عليه ، سوى النظر إلى المآل ، وهو جهة القربة ، وما كانت أوقاف الصحابة كذلك ، وإن هذا النوع من الوقف لا ينطبق عليه وصف الصدقة ، فلا ينطبق عليه أنه صدقة جارية ، ولا ينطبق عليه قول النبى ﷺ لعمر رضى الله عنه : « إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها » ولا تنطبق صيغة وقف عمر إذ أقصى ما أجازه لآل عمر أن يأكلوا منها من غير تأثل أى من غير اقتناء ، أى يأخذوا على قدر الحاجة إن افتقروا . وعلى ذلك يكون الوقف الأهلى غير قائم على أدلة من النصوص الدينية الصريحة ، ويكون منعه فى المستقبل غير مخالف لأصل الشرع ، فما قامت به سوريا ثم مصر ، من منع الأوقاف الأهلية فى المستقبل لا يعارض أى نص من النصوص الشرعية ، حديثاً نبوياً ، أو آية قرآنية ، أو فتوى صحابى.

(ب) أن الوقف الذى لا يكون على الذرية قد يقصد المضارة بورثته ، ولو كان موضعه جهة بر دائمة الخير والنفع ، وإن هـذه النية تفسد معنى القربة فى وقفه ، لأن الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرىء ما نوى ، فمن كانت هجرته لله ورسوله ، فهجرته لله ورسوله ، ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته لما هاجر اليه ، وهؤلاء الذين يقفون على أبواب الخير بقصد حرمان ورثتهم إنما يعاندون أحكام الله ، فلا ثواب لهم فيما يفعلون، ووقفهم وقف طاغوتى كما عبر صاحب الروضة الندية .

٤٤ — ويلاحظ أن القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ أخذ برأى أبى حنيفة ما دام الواقف على قيد الحياة ، إذ أجاز له الرجوع فى كل ما يقفه إلا وقف المسجد ، وما وقف على المسجد ، وإن أبا حنيفة قد روى عنه لزوم وقف المسجد ، وإن ما وقف على المسجد يلحق به فى اللزوم ليمكن استمراره وبقاؤه بحيث تقام فيه الشعائر الدينية بانتظام .

إنشـــــاء الوقف

٤٥ — إن الوقف عند من يحكم بلزومه التزام تبرع ، من آثاره منع التصرف فى العين الموقوفة بالبيع والهبة والرهن ، وصرف المنفعة فى الجهات التى عينها الواقف ، وعلى مقتضى الشروط التى شرطها ، ولكن أيشترط لوجود الالتزام وتحققه توافق إرادتين ، أم ينشأ بإرادة واحدة ؟

وقبل أن نجيب عن هذا السؤال نقول إن الفقهاء يعرفون العقد بتعريفين أحدهما خاص ، والآخر عام ، أما التعريف الخاص فهو توافق إرادتين مظهرهما الإيجاب والقبول كالبيع والإجارة ، وغيرهما ، وأما التعريف العام للعقد ، فهو أنه كل تصرف يترتب عليه التزام ، ولو بإرادة واحدة ، كالوصية والإبراء ، ونذر صدقة فى زمن مستقبل أو فى الحال .

وإذا نظرنا إلى الوقف ، وأردنا أن نطبق عليه أحد التعريفين نجد أن التعريف العام ينطبق عليه ، لأن الوقف تصرف يترتب عليه التزام ، وأما التعريف الخاص ، فانطباقه على الوقف محل نظر وتفصيل ، فإن الوقف قد يحتاج إلى قبول ، وربما لا يحتاج إليه ، على حسب اختلاف الفقهاء ، واختلاف الأحوال .

وقد أجمعوا مع اختلافهم على أن الوقف إذا كان فى أولى طبقاته على جهة غير محصورة يكتفى فى إنشائه بالعبارات الدالة على الالتزام من جانب واحد ، ولا يحتاج فى لزومه إلى قبول من جانب آخر ، ولم يخالف فى ذلك إلا بعض الشيعة الإمامية .

أما إذا كانت الطبقة الأولى منه معينة محصورة ، فذلك هو موضع الاختلاف ومفترق الآراء ، ولنخض فى هذا الاختلاف بمقدار ما يبين الأنظار المختلفة .

وقد اختلف الشافعية فيما بينهم فى لزوم القبول لصحة الوقف إذا كان

على معينين ، فقد جاء فى شرح المنهج ما نصه : « لا يشترط القبول ولو على معين » وهو المنقول عن الأكثرين ، واختاره فى الروضة ، ونقله فى شرح الوسيط على نص الشافعى ، وقال الأذرعى وغيره إنه المذهب . وقيل يشترط القبول من المعين نظراً إلى أنه تمليك وهو ما رجحه الأصل »(١) .

ونرى من هذا النص أنه يميل إلى أن القبول ليس بشرط لصحة الوقف ، وإن كان من المقرر فى فقه الشافعية أن الوقف على المعين لا يسوغ أن تدخل الغلات فى ملكه جبراً عنه ، بل إنه يرتد بالرد .

ومنشأ الخلاف فى لزوم القبول من الطبقة الأولى المعينة عند الشافعية اختلافهم فى صحة الوقف المنقطع الأول ، وهو الوقف الذى لا يمكن صرف غلاته للطبقة الأولى إما لردهم ، أو لموتهم ، وذلك لأن الموقوف عليه المعين إن رد الوقف ، ولم يقبله لا يمكن صرف الغلة إليه ، فيكون منقطع الأول ، فالذين قالوا إن الوقف المنقطع الأول صحيح ـ حكموا بصحة الوقف إذا نشأ بإرادة منفردة ، والذين قرروا أن الوقف المنقطع الأول غير صحيح اشترطوا القبول لكيلا يكون رد ، فينقطع الوقف ابتداء .

واختلافهم فى صحة ذلك النوع من الوقف مشهور معروف ، فقد جاء فى المهذب : « وإن وقف وقفاً منقطع الابتداء ، متصل الانتهاء ، بأن وقف على عبد ثم على الفقراء ، أو على رجل غير معين ، ثم على الفقراء ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال يبطل ، لأن الأول باطل ، والثانى فرع لأصل باطل ، فكان باطلا ، والثانى أنه يصح لأنه لما بطل الأول صار كأن لم يكن ، وصار الثانى أصلا »(٢) .

وقد رأيت مما نقلناه عن شرح المنهج أنه لم يرجح أحد الرأيين ، وإن كان يميل

---

(١) شرح المنهج الجزء الثالث ص ١٨٨ ، ومثله جاء فى حاشية البيجرمى .

(٢) المهذب ج ١ ص ٤٤٨ .

إلى عدم اشتراط القبول من المعين لتأخره فى الذكر ، ولكن جاء فى حاشية الشرقاوى على شرح التحرير ترجيح اشتراط القبول فى الوقف على معين ، واعتبار الوقف غير منعقد إن لم يقبل المعين ، فقد جاء بعد نقل الخلاف السابق : « والمعتمد أن الوقف على معين ، واحداً كان أو أكثر يشترط فيه قبوله إن كان أهلا ، وإلا فقبول وليه فوراً ، عقب الإيجاب، أو بلوغ الخبر كالهبة ، لأن دخول عين أو منفعة فى ملكه قهراً بغير الإرث بعيد ، ولا يشترط على هذا قبول من بعد البطن الأول ، بل الشرط عدم الرد ، وإن ردوا فمنقطع الوسط فإن رد الأول بطل الوقف ، ولو رجع بعد الرد لم يعدله »[1] ولا يكتفى الشرقاوى بترجيح اشتراط القبول للصحة واللزوم بل يصرح بأن طريقة شرح المنهج طريقة ضعيفة لا يعتمد عليها ، وإن المذهب ما نقله هو .

وعلى ذلك نستطيع أن نقول إن الراجح فى المذهب الشافعى أن قبول الوقف من الطبقة الأولى المعينة شرط للزوم وفى الطبقات التى تلى الأولى الشرط عدم الرد ، ولعل السبب فى اشتراطه فى الأولى وعدم اشتراطها فى التاليات هو أنه بعد بعد القبول فى الأولى قد استقر وثبت ، وأصبح غير قابل للنقض ، فلم يبق للتالية إلا رد الغلة أو أخذها .

٤٧ — ومذهب أحمد أن القبول ليس بشرط للصحة ، ولا شرط للزوم ، وإنما الخلاف فى أنه شرط للاستحقاق ، أم أن الاستحقاق لا يحتاج إلى قبول ، وقد جاء فى المغنى ما نصه : « إن كان على آدمى معين ، ففى اشتراط القبول وجهان :

أحدهما — اشتراطه لأنه تبرع لآدمى معين ، فكان من شرطه القبول كالهبة والوصية ، ويحققه أن الوصية إن كانت لآدمى معين توقفت على قبوله ، وإن كانت لغير آدمى معين ، أو لمسجد ، أو نحوه لم تفتقر إلى قبوله ، كذا هنا .

والوجه الثانى لا يشترط القبول ، لأنه أحد نوعى الوقف ،

---

(١) حاشية الشرقاوى ج ٢ ص ١٩٢ .

فلم يشترط القبول كالنوع الآخر ، ولأنه إزالة ملك يمنع البيع والهبة والميراث . فلم يعتبر فيه القبول كالعتق ، وبهذا فارق الهبة والوصية ، والفرق بينه وبين الهبة والوصية أن الوقف لا يختص بالمعين ، بل يتعلق به حق من يأتى بعده من البطون فى المستقبل ، فيكون الوقف على جميعهم ، إلا أنه مرتب فصار ، بمنزلة الوقف على الفقراء الذى لا يبطل برد واحد منهم ، ولا يتوقف على قبوله ، والوصية للمعين بخلافه . . . فإذا قلنا لا يفتقر إلى القبول لم يبطل برده ، وكان رده وقبوله وعدمهما واحداً كالعتق ، وإن قلنا يفتقر إلى القبول فرد من وقف عليه يبطل فى حقه ، وصار كالوقف المنقطع الابتداء[1] .

ويتبين من هذا أن الرد لا يترتب عليه بطلان صيغة الوقف أى الإيجاب ، واعتبارها كان لم يكن ، إنما يترتب على الرد عدم استحقاق من رد واعتبار الوقف منقطع الابتداء عند من يقول إن القبوط شرط ، بمعنى أن المستحق لو عاد وقبل بعد الرد ، لا يلتفت إلى قبوله ، إذ قد بطل الاستحقاق بالنسبة له ، وعند من يقول إن قبول المستحق ليس بشرط لا يبطل رده الاستحقاق بالنسبة له ، فلو عاد بعد ذلك وقبل أن يعود إليه الاستحقاق عاد إليه .

وعبارات أكثر كتب المذهب الحنبلى ترجح عدم اشتراط القبول ، فقد جاء كشاف القناع بعد ذكر الوقف على المساكين وعدم اشتراط القبول فيه إجماعا ما نصه : « وكذا إن كان الوقف على آدمى معين كزيد لا يفتقر إلى قبوله » . وجاء فى منتهى الإرادات : « ولا يشترط فيما وقف على شخص معين قبوله للوقف ، لأنه إزالة ملك ، يمنع البيع والهبة والميراث ، فأشبه العتق ، والفرق بين الوقف وبين الهبة والوصية أنه لا يختص بالمعين ، بل يتعلق به حق من يأتى بعده من البطون ، فالوقف على حسبهم[2] » .

---

(١) المغنى جـ ٦ ص ١٨٨ .

(٢) شرح المنتهى جـ ٢ ص ٤٩١

وهنا نلاحظ على عبارات الكتب فى المذهب الحنبلى أنها عند تقرير المراد والاستدلال له تأتى بالمقدمة أوسع من النتيجة ، فإنها تقيم الدليل على اشتراط القبول بتمثيله بالهبة والوصية ، وهذه تبطل إن لم يكن قبول من الموهوب،والموصى له ، وإن كان قبول الموصى له لا يكون إلا بعد وفاة الموصى ، وهذا الدليل يوهم أن يكون عدم القبول مؤدياً إلى البطلان ، ولكن المحرر فى المذهب غير ذلك بل إن أثر عدم القبول لا يتجاوز بطلان الاستحقاق بالنسبة لمن رد ، ولا يستطيع أن يقبل بعد ذلك فيعود حقه .

وإن الذين لا يشترطون القبوط وهم الأكثرون يقولون إن الاستحقاق لا يبطل بالرد ، فيجوز أن يقبل بعد الرد ، وكأن الرد لا يؤثر إلا فى الغلة التى رد فيها ، ولا يتوهمن أحد بعد هذا أن الغلات تدخل فى ملك المستحق جبرا عنه ، إنما الاستحقاق وحده هو الذى يتقرر بالإرادة المنفردة ، ولا يزول الاستحقاق برده ، إنما لا تدخل فى ملكه الغلة التى ردها .

٤٨ — ومذهب مالك أن القبول ليس شرطاً لإنشاء الوقف ، ولا لزومه ، وليس شرطا لاستحقاق الموقوف عليه إذا كان غير آدمى معين ، أما إذا كان آدمياً معيناً ، فإن القبول شرط الاستحقاق ، فإن كان أهلا للقبول قبل بنفسه ، وإن لم يكن أهلا له قبل عنه وليه ، فإن لم يقبل هو أو وليه انتقل الوقف لمن يليه إن ذكر جهة تالية ، ويعود للواقف إن شرط أن يعود إليه بعد موت الموقوف عليه المعين ، لأن مالكا لا يشترط التأبيد فى الوقف ، بل يجيزه مؤقتا كما جاز مؤبدا وكلاهما بالشرط .

وإن ذكر الواقف الوقف مطلقاً ، كأن يقول وقفت على أولاد فلان ويسكت ، فقد اختلف فى ذلك عند المالكية إذا رفضوا فقيل يعود للواقف إن كان حيا ، ولوارثه بعد موته ، وقيل يعود للفقراء[1] .

(١) راجع الشرح الصغير وحاشيته جـ ٢ ص ٢٦٠ - ٢٦٥

ويظهر أن السبب فى عودته للواقف أو لوارثه عند من يقول ذلك هو أن الوقف لم يذكر إلا جهة معينة فيعتبر على هذا القول الوقف مؤقتاً بوجودها . فإن لم يوجد القبول عاد إلى ربه أو لوارثه ، فليست العلة إذن هى اشتراط القبول .

والذين قالوا إنه يذهب إلى الفقراء قالوا إنه لا يذهب إليهم إلا باجتهاد الحاكم ، لأنه وقف لا تعلم له جهة ، والحاكم هو الذى يعين جهات البر وأولاها بالبر ، إذا كان الوقف قد أبهم ولم يذكر جهات البر .

والأساس فى هذا الرأى أن كلمة وقف أو تصدق تدل على الصرف لجهات البر ، وتعيين جهة لا يدل على التوقيت فى الوقف كما ذهب الذين قرروا القول الأول ، ولذلك لا يعود إلى الواقف إن لم يقبل المعين ، ولا يؤخذ من هذا كله أن القبول ليس بركن فى إنشاء عقد الوقف ، ولا بشرط لإنشائه ، ولكن التفريع المالكى الذى يجوز أن يكون الوقف مؤقتاً يجعل القبول فى بعض الصور شرطاً للوجود ، وذلك إذا كان الوقف لمعين ووقت الوقف بوجوده ، فإنه فى هذه الحال إذا لم يقبل يصبح الوقف غير موجود ، وهذا ناشئ من اشتراط التوقيت ، وليس بناشئ من أن القبول فى ذاته شرط للإنشاء أو ركن من أركان العقد .

٤٩ — والمذهب الإمامى فيه الأقوال الثلاثة السابقة ، وهى اشتراط القبول بالنسبة للموقوف المعين لصحة إنشا الوقف كما هو الراجح فى المذهب الشافعى ، وذلك فى الطبقة الأولى ، وعدم اشتراط القبول للإنشاء ، ولا لأصل الاستحقاق ، كما هو المذهب الحنبلى ، بل هو شرط فقط لأخذ غلة من الغلات ، واشتراط القبول لأصل الاستحقاق ، كما هو فى مذهب مالك رضى الله عنه .

وهذه الأقوال الثلاثة منسوبة لأئمتهم محمد الباقر ، وجعفر الصادق بروايات مختلفة ، فمنهم من قال القبول ليس بشرط مطلقاً كالحنابلة ، ومنهم من قال القبول شرط لصحة الوقف كأكثر الشافعية ، ومنهم من قال إن القبول شرط للاستحقاق.

وهذا بالنسبة للمستحق المعين ، أما بالنسبة لغير الآدميين أو غير المحصورين

كالفقراء ، فإنهم لم يجمعوا فيها على عدم اشتراط القبول لا للإنشاء ولا للاستحقاق ، كما أجمع جمهور أهل السنة ، بل إنهم اختلفوا فى ذلك فمنهم إن القبول شرط لصحة الوقف ، ولو كان على جهة عامة كالفقراء ، ويتولى القبول الناظر المنصوص عليه فى كتاب الوقف على حسب شروط الواقف ، أو الحاكم إن لم يذكر ناظر ، ومنهم من قال إن القبول ليس بشرط إن كان على مصالح عامة ، أو على جهات عامة .

وفى الأقوال التى تشترط القبول ، لا يكون القبول إلا من الطبقة الأولى ، أما الطبقات التى تليها فلا يشترط القبول منها ، إن تم القبول من الأولى .

هذه خلاصة النظر فى القبول عند الإمامية(١) ، وهو متقارب مما نقل عن الأئمة الثلاثة ، ولا يزيد عليه إلا اعتبار القبول شرطاً للإنشاء فى الوقف على غير المحصورين ، ولم يقل أحد بذلك من الأئمة الأربعة .

---

(١) راجع كفاية الأحكام فى فقه الإمامية طبع حجر بفارس . ، والإمامية هنا هم الإمامية الاثنا عشرية ، والإمامية هم الذين قالوا إن النبى ﷺ نص على الإمام بالاسم قبل وفاته ، وكل إمام نص على من يليه ، لأنه لا يجوز أن يفارق ويترك الناس هملا ، بل يجب أن يعين شخصاً هو المرجوع إليه ، والمعول عليه ، وكل إمام ينص على الذى يليه ، وأول إمام منصوص عليه هو الإمام على رضى الله عنه ، ويستدلون على تعيين علىّ بالذات بآثار عن النبى ﷺ ادعوا صدقها من مثل قول النبى ﷺ « من كنت مولاه فعلى مولاه ، اللهم وال من والاه وعاد من عاداه ،وقد اتفق الإمامية على إمامة الحسن بن على بعد أبيه ، ثم الحسين من بعده ، واختلفوا فى سوق الإمامية بعد ذلك ، ولم يستقروا على رأى واحد ، بل انقسموا فرقاً عدها بعضهم نيفاً وسبعين فرقة ، وأعظمها فرقتان ، الاثنا عشرية والاسماعيلية ، والاثنا عشرية الذين نقلنا أقوالهم فى قبول الوقف يرون أن الخلافة بعد الحَسَنَيْن لعلى زين العابدين بن الحسين ، ثم لابنه محمد الباقر ، ثم لجعفر الصادق بن الباقر ، ثم لابنه موسى الكاظم ، ثم لعلى الرضا ، ثم لمحمد الجواد ، ثم لعلى الهادى ، ثم للحسن العسكرى ، ثم لمحمد ابنه ، وهو الاثنا عشر ، وهم يعتقدون أنه إلى الآن حى ، وقد دخل سرداباً فى دار أبيه بِسُرَّ مَنْ رأى ولم يعد ، ومن الشيعة الاثنا عشرية أكثر أهل إيران ، وشيعة العراق .

٥٠ — ومذهب الحنفية أن القبول الصريح ليس بشرط لا لإنشاء الوقف، ولا للاستحقاق فيه، سواء أكان الموقوف عليه محصوراً، أم كان غير محصور. بل الشرط هو عدم الرد، وقد جاء فى الإسعاف ما نصه: «قبول الموقوف عليه ليس بشرط إن وقع لأقوام غير معينين، كالفقراء والمساكين، وإن وقع لشخص بعينه، وجعل آخره للفقراء يشترط قبوله، فإن قبله كانت الغلة له، وإن رده تكون للفقراء، ويصير كأنه مات». والسكوت من غير رد أو قبول صريح يكتفى به فى استحقاق المستحق المعين، وإذا قبل المستحق المعين فليس له أن يرد بعد ذلك، لأن فى ذلك نقضاً لما تم من جهته، ومن سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه، ولأنه بقبوله اندرج فى ضمن المستحقين، ونظم توزيع الغلات على أساس قبوله، وليس معنى ذلك أنه لا يصح أن ينزل عن غلات سنة مثلا لأحد، فإنها بمقتضى الاستحقاق تكون ملكا له، ويصح أن يهبها بعد استحقاقها لمن يشاء، سواء أكان الذى يهبها له من أهل الاستحقاق أم لم يكن.

وإذا رد المستحق الاستحقاق قبل أن يصدر قبول يبطل استحقاقه، وليس له أن يقبل بعد ذلك، وذلك أحد الرأيين فى مذهب أحمد، وذلك لأنه برده الاستحقاق سقط حقه، والساقط لا يعود، ولأن الرد جعل لغيره ممن يليه أو لجهة البر حقاً فى الوقف، وليس له أن ينقضه، فرده على هذا قد ترتب عليه حق لازم لغيره، فلا يصح أن يعتدى عليه بالرجوع فيه، وكل مستحق يرد الاستحقاق فى أى طبقة من طبقات الوقف، فهو مأخوذ بقوله، وإذا قبل بعض الاستحقاق ورد بعضه مضى توزيع الغلات على مقتضى ذلك، وليس له أن يعود فيما قبل، أو يطلب ما رد.

ونرى من هذا أن الوقف فى مذهب الحنفية يتم بعبارة واحدة، وهو كذلك عند كثيرين من الفقهاء منهم المالكية وأكثر الحنابلة، ولو كان الموقوف عليه معيناً، وإن كان على غير معين لا يحتاج إلى قبول باتفاق فقهاء

أهل السنة ، وعلى قول عند الشيعة يحتاج إلى قبول .

القبض :

٥١ — لا يحتاج الوقف لتمامه إلى القبض عند أبى يوسف والشافعى وأحمد ابن حنبل فى بعض الأقوال ، فقد روى فى مذهب أحمد قولان فى اشتراط القبض ، قول يقرر اشتراطه ، وقول يحكم بتمامه من غير اشتراط القبض ، فقد جاء فى المغنى ما نصه : « إن الظاهر أنه يزول الملك ويلزم الوقف بمجرد اللفظ به ؛ لأن الوقف يحصل به ، وعن أحمد رواية أخرى لا يلزم إلا بالقبض ، وإخراج الواقف له عن يده ، وقال : الوقف معروف أنه يخرجه من يده إلى غيره ، ويوكل فيه من يقوم به ، واختاره ابن أبى موسى ، وهو قول محمد بن الحسن ، لأنه تبرع بمال لم يخرجه عن المالية ، فلم يلزم بمجرده كالهبة »[1].

وقال محمد بن الحسن ، وعبد الرحمن بن أبى ليلى ، ومالك ، والإمامية ، إنه لابد من القبض ، ولا يتم الوقف ويلزم إلا به ، وللشيعة الإمامية ومالك تفصيل فى هذا الباب ، ينبغى ذكره إجمالا .

فالشيعة الإمامية يرون أن القبض شرط لصحة الانتقال ، فقبله يكون الوقف صحيحاً ، ولكن لا تترتب عليه آثاره ، فليس بمزيل لملكية الواقف ، ولا يثبت للموقوف عليهم حقاً فى الغلات ، ويجوز للواقف الفسخ ، وإذا مات بطل الوقف وآلت العين الموقوفة للورثة بالميراث ، وإذا وجدت فترة بين القبض والإنشاء ، وحدثت فيها غلات كانت للواقف ، لأن انتقال الحق إليهم فى الغلات لا يتم إلا بالقبض ، ولذا عبر بعضهم عن القبض « بأنه شرط لزوم »[2] .

وموت الطبقة الأولى من الموقوف عليهم تجعل القبض يبطل الوقف كموت

---

(١) المغنى ج ٦ ص ١٩٠ .
(٢) كفاية الأحكام فى فقه الإمامية .

الواقف ، ولذلك إذا قال الرجل وقفت على أودلاى ، ومن بعدهم على الفقراء . وكانوا بالغين ذوى رشد ، ولم يقبضوا حتى ماتوا بطل الوقف ، وذلك مبنى على اشتراط وجود الطبقة الأولى من الموقوف عليهم ، إذ الوقف منقطع الأول باطل عندهم ، كما هو باطل على بعض أقوال الشافعية ، كما حكى الشيرازى فى المهذب و نقلناه آنفاً ، فإذا ماتت الطبقة الأولى قبل الوقف كان منقطع الابتداء فتلغى العبارة .

والقبض المعتبر فى نظر الإمامية هو قبض ناظر الوقف إذا كان الوقف على جهة عامة ، أو على غير محصورين ، فإن كان على معين أو محصورين ، وللوقف متول عينه الواقف كان القبض هو قبض ذلك المتولى ، وإذا لم يعين الواقف ناظراً اعتبر قبض الموقوف عليهم إذا كانوا معينين ، بل إن بعض الإمامية قال إذا كان الموقوف عليه معيناً لا يعتبر إلا قبضه ، ولو كان للوقف ناظر ، لأنه هو الذى تنتقل الغلات إليه بحكم الاستحقاق فى الوقف .

ولا يلزم القبض إذا كان الموقوف عليهم المعينون أولاد الواقف ، صغاراً فى ولايته ، فإن الوقف يلزم من غير حاجة إلى قبض وتسليم ، لأن الواقف هو الذى يلى أمورهم ما داموا فى ولايته ، فيده يدهم ، وهو نائب عنهم[1] .

٥٢ — ومالك رضى الله عنه لا يكتفى بمطلق قبض من المتولى ، وقبض المتولى عنده هو المعتبر ، بل يشترط مع قبض المتولى الحيازة سنة ، فإن لم يحز الوقف وحدث مانع موت ، أو استغراق دين قبل انتهاء السنة ، أو مرض متصل بالموت بطل الوقف إذا لم يجزه الغرماء فى حال استغراق التركة بالدين ، أو الورثة فى حال مرض الموت ، وتكون الإجازة المعتبرة منهم بعد الوفاة ، وإذا حازه المتولى ثم عاد إلى الواقف قبل عام ، وكان من الأشياء ذوات الغلة ، كالدار والحمام والحانوت والأراضى الزراعية كان حكمه حكم ما لم يُحَزْ من حيث إنه إذا حصل مانع من الموانع السابقة بطل ما لم يُجِزه الغرماء أو الورثة ، أما إذا كان من الأشياء التى لا غلة

(١) الكتاب المذكور :

لها كالكتب والسلاح ، فلا يبطل بوجود المانع من استغراق دين أو اتصال مرض بالموت ، وقيل إن حكم الأشياء المغلة وغير المغلة سواء فى البطلان بوجود المانع ، إن عادت قبل أن يحول الحول .

وإذا لم يعد الموقوف إلى الواقف إلا بعد تمام الحول فلا يبطل الوقف بحال من الأحوال ، ولو كان الموقوف عليه محجوراً يتولى الواقف أمره ، وقيل إنه إذا كان الموقوف عليه محجوراً ويتولى الواقف أمره ، وعاد الموقوف إلى الواقف بطل الوقف إذا حدث مانع من استغراق دين ، أو اتصال مرض، وذلك إذا كانت العودة ليست بعقد إجارة مشهد عليه ، أما إذا عاد بإجارة مشهد عليها ، فإن الوقف لا يبطل ، ولو حدث استغراق الدين ، أو مرض موت ، وأساس التفرقة أن يد المستأجر ليست يداً أصيلة ، بل هى يد نائبة عن المؤجر ، فلا تعد الحيازة قد عادت إلى الواقف ، بل هى باقية فى يد المتولى حكما .

والحيازة المطلوبة عند المالكية قد تكون حسية ، وقد تكون حكمية ، فالحيازة الحسية ما كان التسليم فيها فعلياً ، بأن يمكن الواقف المتولى من العين الموقوفة بكل وسائل التمكين،ويستولى عليها بحيث تكون تحت سلطانه بحكم الوقف والحيازة الحكمية تكون إذا كان الموقوف عليه محجوراً تحت ولاية الواقف فان الحيازة فى هذه الحال تتحقق (١) باشهاد الولى على الوقف على محجوره (٢) وصرف الغلة كلها أو بعضها على مصالحه (٣) وألا تكون العين الموقوفة مشغولة بسكنى الواقف ، فإن كانت مشغولة كلها بسكنى الواقف لم تصح الحيازة ، وكذا إذا كانت مشغولة بأكثرها ، أما شغل أقلها فلا تبطل الحيازة ، وإذا شغل النصف بطلت الحيازة فى النصف ، وصحت فى النصف الآخر .

٥٣ — هذه هى آراء العلماء فى اشتراط القبض وعدم اشتراطه مجملة ومفصلة وبقى علينا أن نبين دليل المشترطين للقبض ، ودليل الذين لا يشترطون ليستبين الأمر وتنجلى الآراء :

استدل الذين اشترطوا القبض لتمام الوقف:

(ا) بأن الوقف كالهبة والصدقة لأن فيه إزلة الملك على وجه التبرع وهما لا يتمان إلا بالقبض فهو بالأولى لا يتم إلا بالقبض لأن مشروعية الوقف موضع نزاع وخلاف، والعلة وهى إزالة الملك على وجه التبرع محققة فى الطرفين ويقول شمس الأئمة السرخسى فى بيان السبب فى كون التبرعات لا تتم إلا بالقبض: إنه لو لزم التبرع قبل التسليم لصارت يده مستحقة عليه، والتبرع لا يصلح سبباً للاستحقاق على المتبرع فى غير ما تبرع به، فينبغى أن يكون متبرعا فى إزالة يده كما أزال ملكه، وذلك بألا تتم الصدقة بالتسليم.

(ب) يستدل المشترطون للقبض أيضاً بحديث عمر رضى الله عنه، فإنه جعل وقفه فى يد ابنته حفصة رضى الله عنها، وإنما فعل ذلك ليتم الوقف.

واستدل الذين لم يشترطوا القبض بأن الوقف يشبه الاعتاق لأن كل منهما فيه إزالة الملك إلى غير مالك من العباد، ولأن كليهما من آثاره منع التصرف بالبيع والهبة والوصية وغير ذلك، وإذا كان الاعتاق يلزم بوجود العبارات الدالة عليه، كذلك شبيهه وهو الوقف يثبت ويلزم بوجود العبارات الدالة عليه، ويردون أدلة من يحكمون بلزوم القبض ليتم الوقف بأنه لا يصح أن يقاس الوقف على الصدقة المنفذة والهبة، لأن الهبة والصدقة المنفذة فيها تمليك العين للمتصدق عليه والموهوب له، والوقف ليس كذلك عند الأكثرين، ثم إذا اشترطنا القبض فمن الذى يتولاه أليس هو المتولى المختار من قبل الواقف المسلط من جانبه، فيده يده الواقف لا يد الموقوف عليه، وإذا كان كذلك فقبضه صورى لا معنى له ولا عبرة به. ويقولون فى تسليم عمر وقفه لابنته حفصه: إنه فعل ذلك لكثرة أعماله، ولأنه خاف التقصير، وليكون فى يدها بعد موته. أما أنه فعل ذلك لإتمام الوقف، فليس فى الخبر مايدل عليه، ولا ما يرجحه، وهب عمر فعل ذلك لأنه يرى أن القبض شرط للتمام فليس فى ذلك حجة لأنه رأى الصحابى ورأى الصحابى

ليس بحجة فيما للرأى فيه مجال ، إذا كان من الصحابة من يخالفه .

٥٤ — وإذا صدر الوقف مستوفيا لكل الشروط التى يشترطها الفقهاء على اختلافهم وتباين أفكارهم ، وتباعد مطارح أنظارهم ، فهل يعتبر بذلك قد صدر قانونا ؟ جرت عبارات رجال القانون من القديم بأن الوقف لا يعتبر قد أنشىء قانونا إلا إذا تم باشهاد على يد حاكم شرعى أو مأذون من قبله ، وإنا نضع بين يدى القارىء القوانين التى تتعلق بإنشاء الأوقاف ودعاويها . من سنة ١٨٨٠ إلى سنة ١٩٤٨ ، ومن الموازنة بينها يتبين جليا ما نراه غرضاً للشارع .

جاء فى لائحة سنة ١٨٨٠ أن دعاوى الوقف والاستحقاق فيه تسمع بالبينات والحجج التى تسمع بها كل الدعاوى، غير أنه إذا لم تكن له بينات يرجع فيه القاضى إلى سجل القضاة السابقين إن كان مقيداً بسجلهم ،وهذا نص المادة ١٥ : إذا حصل تنازع فى استحقاق وقف بين مستحقيه ، وكان أصل الوقف ثابتاً لا نزاع فيه بينهم ، ولم تثبت الدعوى بالبينة الشرعية لتقادم الوقف ، وموت شهوده ، وكان لهذا الوقف كتاب مسجل بالسجل المحفوظ الخالى عن الشبهة فى محل النزاع أو كانت شروط الوقف وكيفية استحقاق مستحقيه مقيدة بالسجل المذكور فإنه يرجع فى كيفية قسمة الاستحقاق والعمل بشروط الوقف لما هو مدون بكتابه المطابق لسجله المحفوظ ، أو لما فى السجل المحفوظ عند ضياع الكتاب المرقوم ، فإن فقد يجرى العمل فيما ذكر بما كان عليه القوام السابقون ، وبما كانت العادة مستمرة به فى أعمالهم » .

وجاء فى المادة السادسة عشرة : « إذا كانت لوقف حجة شرعية بتغيير مثلا على طبق شرط الواقف حسبما يقتضيه الحكم الشرعى ، وكانت تلك الحجة مسجلة بالسجل المحفوظ مطابقة له ، لا شبهة لما فى سجلها فى محل النزاع ، وجحد بعض المتنازعين ذلك مع التصادق على الشروط يمنع القضاة من سماع دعوى هذا الجاحد ويبقى العمل على ما فى حجة التغيير فى السجل المذكور على الوجه المسطور » .

وترى من هذا أن كل القوة التى أعطيت للحجج المسجلة أنها تغنى عن البينات عند العجز عنها ، وأنها تمنع سماع الدعاوى المناقضة لها كما جاء فى المادة ١٦ .

ولما حلت محل اللائحة لائحة سنة ١٨٩٧ جاء فيها منع سماع دعوى الوقف والإقرار به وشروطه ما لم يكن صادراً باشهاد على يد حاكم شرعى فقد جاء فى المادة المتممة للثلاثين منها : «يمنع سماع دعوى الوقف أو الإقرار به أو استبداله ، أو الادخال ، أو الإخراج ، أو غير ذلك من باقى الشروط العشرة إلا إذا صدر إشهاد بذلك ممن يملكه على يد حاكم شرعى ، أو مأذون من قبله وكان مقيداً بدفاتر إحدى المحاكم الشرعية ، وكذا الحال فى دعوى شرط لم يكن مدوناً بكتاب الوقف المسجل ودعوى مستحق لم يكن من الموقوف عليهم بمقتضى كتاب الوقف المذكور » .

وترى من هذا أن تلك اللائحة سالبة بالنسبة للائحة السابقة سلباً مطلقاً فاللائحة السابقة كانت تجيز سماع البينات غير الرسمية إلا فى أحوال خاصة ، أما تلك فلا تجيز سماع دعاوى الأوقاف وشروط الواقفين إلا إذا كانت ثابتة باشهاد على يد حاكم شرعى ،ونستطيع أن نقول: إنه يؤخذ من هذه اللائحة أن القانون لايعترف بوجود الوقف ولا يقره قائما إلا إذا صدر باشهاد على يد حاكم شرعى .

ولما حلت محل هذه اللائحة لائحة سنة ١٩١٠ جاءت فى المادة ١٣٠ : « يمنع عند الإنكار سماع دعوى الوقف أو الإقرار به ، أو استبداله أو الادخال أو الإخراج وغير ذلك من الشروط التى تشترط فيه إلا إذا وجد بذلك إشهاد ممن يملكه على يد حاكم شرعى ، أو مأذون من قبله ، وكان مقيدا بدفاتر إحدى المحاكم الشرعية . وكذلك الحال فى دعوى شرط لم يكن مدونا بكتاب الوقف المسجل ، وفى دعوى مستحق لم يكن من الموقوف عليهم وقت الدعوى بمقتضى ما ذكر .

وترى من الموازنة بينها وبين لائحة سنة ١٨٩٧ نجد أن هذه تمنع سماع الدعوى مطلقا عند الإقرار وعند الإنكار إلا إذا كان الوقف باشهاد ،ولذا استنبطنا منها أن القانون

لا يعترف بالوقف إلا إذا صدر به إشهاد شرعى ، أما لائحة سنة ١٩١٠ فإنها لاتمنع سماع دعاوى الأوقاف مطلقاً بل عند الإنكار فقط ، ولما عدلت فى سنة ١٩٢٠ هذه المادة لم تغير تلك الجزئية فيها ، بل استمرت كما هى حتى بعد أن حلت لائحة سنة ١٩٣١ محل لائحة سنة ١٩١٠ فتقييد منع سماع الدعاوى بحال الإنكار فقط ثابت فى كل هـذه التعديلات ، ولذلك نستطيع أن نقول إن هذا القانون يعترف بوجود الوقف ولو صدر من غير إشهاده بدليل سماع دعواه عند الإقرار ، إذ المنع مقيد بحال الإنكار كما رأيت.ولو وازنا بين المادة ١٢٧ من لائحة سنة ١٩٣١ ، والمادة ٩٩ فيها المشتملة على منع سماع دعوى الزوجية لصغر السن والتى جاءت فيها تلك الفقرة : « إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة أو سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة إلا بأمر منا » . لو وازنا بين تلك المادة وهذه الفقرة لتبين لنا أن القانون لا يعترف بالزوجية التى تصدر دون هذا السن ، ولذا منع المأذونون من إثباتها ، بينما يعترف بوجود الوقف،ولو نشأ من غير إشهاد وإلا لم يكن فرق بين التعبيرين ، وكانت الألفاظ فى القوانين لا تؤدى مدلولاتها ، وذلك غير معقول .

٥٥ — ولهذا المعنى جاء القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ، فعالج هـذه الحال فاشترط فى المادة الأولى لإنشاء الوقف صحيحاً وجود الإشهاد بذلك ،وهذا نص المادة الأولى منه : « من وقت العمل بهذا القانون لا يصح الوقف ولا الرجوع فيه ، ولا التغيير فى مصارفه وشروطه ولا الاستبدال به من الواقف إلا إذا صدر بذلك إشهاد ممن يملكه لدى إحدى المحاكم الشرعية بالمملكة المصرية على الوجه المبين بالمادتين الثانية والثالثة وضبط بدفتر المحكمة » .

وترى من هذه المادة أنها تلافت ما كان من عيوب سابقة وقد كان ذلك متفقاً مع مقاصد هـذا القانون ، وما اشتمل عليه ، لأنه قيد حرية الواقفين فى مواضع كثيرة ، فكان من مقتضى التنسيق أن تكون رقابة من القضاء عند

إنشاء الوقف ، وذلك لا يكون إلا باشتراط إشهاد وضبطه لصحة الوقف . ولذلك أعطى القضاء سلطة المنع من التوثيق ، كما جاء فى المادة الثانية وهذا نصها : « إذا تبين للموثق وجود ما يمنع سماع الإشهاد رفع الأمر لرئيس المحكمة ليفصل فيه أو يحيله على أحد القضاة » . وقد نصت المادة الرابعة على منع المحكمة من توثيق ما يخالف أحكام القانون فقد جاء فيها :

« يرفض سماع الإشهاد إذا اشتمل على تصرف ممنوع أو باطل بمقتضى أحكام هذا القانون أو الأحكام الأخرى التى تطبقها المحاكم ، أو إذا ظهر أن المشهد فاقد الأهلية ، وقرار هيئه التصرفات الصادر لسماع الإشهاد أو رفض الإشهاد الذى تختص بسماعه ، يكون من التصرفات التى يجوز استئنافها » .

وبصدور ذلك القانون صار الوقف لا يوجد بحكم القانون إلا بالإشهاد ، وقد اعتمد واضعو القانون على عبارات فى بعض كتب المالكية تشترط الإشهاد .

تأبيد الوقف

٥٦ — كثرة الفقهاء على أن التأبيد شرط فى صحة الوقف ، وعلى هذا سارت كتبهم ، وبهذا أثرت عبارات عن الأئمة . فالشافعى يشترط التأبيد المطلق من غير تقييد بزمن . وقد جاء فى المهذب : « ولا يجوز إلى مدة لأنه إخراج مال على وجه القربة ، فلم يجز إلى مدة كالعتق والصدقة ، ولذا لا يصح أن يذكر الواقف جهة تنقطع ، وإذا ذكر جهة تنقطع . فيها قولان :

أحدهما — أن الوقف باطل ، لأن القصد بالوقف أن يتصل الثواب على الدوام ، وهذا لا يوجد فى هذا الوقف .

والثانى — أنه يصح ويصرف بعد انقراض الموقوف عليه إلى أقرب الناس إلى الواقف ، لأن مقتضى الوقف الثواب على التأبيد فحمل فيما سماه على شرطه وفيما سكت عنه على مقتضاه ، ويصير كأنه وقف مؤبداً ويقدم المسمى على غيره ، فإذا انقرض المسمى صرف إلى أقرب الناس إلى الواقف لأنه من أعظم جهات الثواب » .

والدليل على ذلك قوله ﷺ « لا صدقة وذو رحم محتاج »[1] .

وابن حنبل يشترط التأبيد المطلق ، ولذا جاء فى المغنى وإن شرط أن يبيعه متى شاء ، أو يهبه ، أو يرجع فيه ـ لم يصح الشرط ولا الوقف لا نعلم فيه خلافا ، لأنه ينافى مقتضى الوقف[2] ، وإذا وقف على جهة تنقطع صح الوقف عنده ، وصرفت منفعته لأقرب الناس إلى الوقف ، كأحد قولى الشافعى ، واستدل عليه بمثل الحجة التى سقناها نقلا عن المهذب ، فقد جاء فى المغنى فى تأييد ذلك : « ولنا أنه أزال ملكه لله تعالى فلم يجز

(١) المهذب الجزء الأول ص ٤١٧ ، ٤٤٨ .

(٢) المغنى جـ ٦ ص ١٩٥ .

أن يرجع إليه ، كما لو أعتق عبداً ، والدليل على صرفه إلى أقارب الواقف أنهم أولى الناس بصدقته ، بدليل قول النبي ﷺ : صدقتك على غير رحمك صدقة ، وصدقتك على رحمك صدقة وصلة » .

وقد اشترط محمد بن الحسن التأبيد وشدد فى اشتراطه ، وأوجب أن تكون الصيغة مشتملة عليه لفظاً ومعنى ، أو معنى فقط ، وذكر أن الواقف إن ذكر جهة تنقطع ، وسكت ولو مع التصريح بالتأبيد ، لم ينعقد الوقف إذ لا تؤدى الصيغة معناه ولا يترتب عليها التزامه ، وأما أبو يوسف فكثرة كتب الفقه خصوصاً كتب المتأخرين تذكر أنه يشترط التأبيد كمحمد ، وإن كان لا يشدد فى صيغ التأبيد تشديد محمد[1] ، وهو يعتبر كلمة « وقفت » دالة على التأبيد إن ذكرت مطلقة ، من غير أن تقرن بجهة تنقطع واقتصر المتكلم عليها ، ولا يعتبر ذكر الجهة التى تنقطع والسكوت عليها بعد ذكر ما يدل على التأبيد لغة أو ما هو فى قوة ذلك مبطلا للتأبيد ، بل يصح الوقف ، ويصرف بعد الجهة المنقطعة إلى الفقراء ؛ لأن الأصل فى الصدقات أن تصرف للفقراء والمحتاجين ، وعلى هذا صارت كتب المتأخرين ، وكثير من كتب المتقدمين ، وبعض الكتب لا تذكر رواية غير تلك الرواية عن أبى يوسف .

والظاهرية يرون لزوم التأبيد كأكثر الفقهاء ، غير أنهم يقولون إن وقف واشترط جواز البيع كان الوقف صحيحاً ، والشرط باطلا ، ولقد جاء فى المحلى لابن حزم : ومن حبس وشرط أن يباع إن احتيج إليه صح الحبس لما ذكرنا من خروجه بهذا اللفظ إلى الله تعالى ، وبطل الشرط لأنه شرط ليس فى كتاب الله تعالى ، وهما فعلان متغايران إلا أن يقول لا أحبس هذا الحبس إلا بشرط أن يباع فهذا لم يحبس شيئاً ، لأنه حبس لم ينعقد إلا على شرط باطل فلم ينعقد »[2] .

---

(١) راجع البحر والإسعاف وابن عابدين وأنفع الوسائل .

(٢) المحلى ج ٩ ص ١٨٣ .

٥٧ — ترى مما سبق أن أكثر أئمة الفقه الإسلامى يرون تأبيد الوقف ويعتبرون التأبيد داخلا فى مقتضاه وجزءاً من معناه . ولكن بزغ من بينهم إمام جليل امتاز فى فقهه بتتبع الأثر والتشدد فى اقتفاء الصحابة والتابعين وتأثر طريقتهم وهو الإمام مالك رضى الله عنه ، فهو لا يشترط التأبيد فى الوقف ، بل يجيزه مؤقتاً ، كما جاز مؤبداً ويجيز الوقف بشرط البيع عند الاحتياج ، كما يجيزه بشرط العودة للواقف أو لوارثه بعد موت الموقوف عليه ، فهو يفتى بصحة الوقف مع ما يفيد التأقيت سواء أكان التأقيت لمدة محدودة معروفة ، مقدرة بالسنين أم لمدة غير مقدرة بالسنين ، ولكن لها نهاية[1] .

وبعض الشيعة الإمامية على هذا الرأى ، ولذا جاء فى كفاية الأحكام : « لو قرن الوقف بمدة كسنة مثلا فقيل إنه يبطل ، وقيل إنه يصح ويصير حبساً ، وهو الأقوى وهذا ليس منقطع الآخر ، ولو وقف على معين ينقرض غالباً ، ففى صحته وقفاً أو بطلانه أقوال ، والصحة أقرب ، فإذا انقرضوا قيل يرجع لورثة الواقف ، وقيل لورثة الموقوف عليهم ، وقيل فى وجوه البر ، ولعل الترجيح للأول وهو قول الأكثر ، وهل المعتبر وارثه حين انقراض الموقوف عليهم كالولاء أو وارثه مسترسلا إلى أن يصادف الانقراض ؟ وجهان » . يفهم من هذا أن الواقف إن ذكر جهة تنقطع وتنتهى ، يعود الوقف بعدهم إلى الورثة عند الأكثرين من الإمامية . وأنهم قد اختلفوا فى عودته إلى الورثة ، أيعطى الورثة الذين للواقف ، كأنه مات عند انقراض الموقوف عليه ، فلا يعتبر من مات من ورثته قبل ذلك ، ويكون النظر إلى الموجودين فقط عند عودة الوقف ، وقيل إنه يعتبر ورثته عند وفاته ، هو ، ثم من يرثهم بعد موتهم ثم من يرث هؤلاء حتى ينحدر إلى الطبقة التى تصادف انقطاع الوقف .

ولقد جاء فى كتاب كفاية الأحكام أيضاً : « إن الموقوف عليهم إن اشتد

---

(١) راجع الشرح الصغير والكبير والحطاب .

بينهم النزاع ولم يمكن حسمه جاز للحاكم أن يأمر ببيع الوقف وتوزيع ثمنه عليهم وجاء فيه أيضاً أن الوقف إن ضؤلت غلاته وكثر مستحقوه جاز بيعه وتوزيع ثمنه عليهم ، إن تراضوا على ذلك عند بعض فقهاء الإمامية .

ويفهم من هذا كله أن التأبيد ليس بشرط عند بعض فقهاء هذه الفرقة .

ولم يكن بعض الإمامية والمالكية وحدهم هم الذين يرون أن الوقف لا يشترط التأبيد فيه ولا يعتبر جزءاً من مفهومه ومعناه ، بل روى ذلك القول عن أبي يوسف كما جاء في فتح القدير لكمال الدين بن الهمام ، وكما في المبسوط ، فقد جاء في المبسوط : « إن أبا يوسف توسع في الصدقة الموقوفة في قوله الأخير غاية التوسع ، وفي قوله الأول ضيق غاية التضييق . . . ومما توسع فيه أبو يوسف رحمه الله أنه لا يشترط التأبيد فيها حتى لو وقفها على جهة يتوهم انقطاعها يصح عنده ، وإن لم يجعل آخره للمساكين ، ومحمد رحمه الله يشترط التأبيد فيها فقال : إذا كانت الجهة بحيث يتوهم انقطاعها لا تصح الصدقة إذا لم يجعل آخرها للمساكين ، لأن موجب الوقت زوال الملك بدون التمليك ، وذلك كالعتق ، وإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لم يتوافر على العقد موجبه والتوقيت في هذا العقد كالتوقيت في البيع فكان مبطلا وأبو يوسف رحمه الله يقول : « المقصود هو التقرب إلى الله تعالى ، والتقرب تارة يكون في الصرف إلى جهة يتوهم انقطاعها ، وتارة بالصرف إلى جهة لا يتوهم انقطاعها فتصح الصدقة ، ليحصل مقصود الواقف »[١] .

وجاء في فتح القدير : « عن محمد بن أبي مقاتل عن أبي يوسف إذا وقف على رجل بعينه جاز ، وإذا مات الموقوف عليه ، رجع الوقف إلى ورثة الواقف قال وعليه الفتوى ، وإذا عرف عن أبي يوسف جواز عوده إلى الورثة فقد يقول في وقف عشرين سنة بالجواز »[٢] .

---

(١) المبسوط ج ١٢ ص ٤١ . (٢) فتح القدير ج ٦ ص ٤٨ .

ومن هذا يتضح أنه يروى عن أبى يوسف عدم اعتبار التأبيد جزءاً من مفهوم الوقف وإن بعض الفقهاء يجعل الفتوى عليه ويعتبره الأصح .

٥٨ — من كل ذلك يتبين أن كل الذين يرون التأبيد جزءاً من مفهوم الوقف هم الأكثر عدداً ، وإن الذين لا يرون التأبيد جزءاً من مفهومه ، بل هو أمر خارج عنه ، فيجوز الوقف مؤقتاً كما يجوز مؤبداً ـ هم الأقل عدداً ، ولكن العبرة فى قوة الآراء ليست بكثرة معتنقيها ، بل بكثرة ما فيها من فائدة ، وقوة ما يؤيدها من دليل ، ولذلك نسوق ما عساه يكون دليلا لكل فريق ، ثم نوازن بين الأدلة غير مستضيئين بشيء إلا بنور الحق لا يصدنا عنه تحيز ، ولا يعمينا عن إدراكه هوى ، ولا يبعدنا عنه غاية ، ونستعين الله فنقول :

يستدل الذين يرون أن التأبيد جزء من معنى الوقف لا يتحقق بدونه ، ولا ينقضى عنه بما يأتى :

(ا) بالعبارات الواردة فى حديث عمر رضى الله عنه الذى هو عمدة الاستدلال فى باب الوقف ، وفيه بيان أصل شرعته ، فقد جاءت فيه عبارة « حبس الأصل » وعبارة « لا يباع ولا يوهب ولا يورث » وعبارة « حبيس ما دامت السموات والأرض » وهذه العبارات كلها تنبئ عن التأبيد إذ كلمة « حبس الأصل » تدل عرفاً على تأبيده ، ولأنه إذا جاز رجوعه إلى ملك الواقف لم يكن محبساً فالتحبيس ينافى التأقيت ، فأمر النبى ﷺ له بحبس يدل على أنه لا يجيز ذلك النوع من الصدقات إلا مؤبداً باقياً ما بقيت هذه الدنيا ، وعبارة لا يباع ولا يوهب ولا يورث صريحة فى التأبيد ، إذ لو كان التأقيت جائزاً لجاز بيعها وهبتها وانتقالها بالإرث ، وكلمة حبيس ما دامت السموات والأرض صريحة فى التأبيد أيضاً ولا يحتاج معها إلى دليل عليه ، وإن كانت من كلمات عمر فى إنشاء وقفه فهى تدل أن التأبيد جزء من مفهوم الوقف ، لأنه ما قال ذلك إلا لأنه فهم أن النبى يحثه عليه فى العبارات التى ألمعنا إليها ، وإقرار النبى ﷺ له دليل على إقراره فهمه ، وعلى أن

التأبيد جزء من مفهوم التحبيس والوقف .

(ب) وإن الالتزامات إذا جاءت شرعيتها أثراً لتصرفات مقيدة بأحوال خاصة ، فشرعيتها مقيدة بتلك التصرفات المقيدة لا تخرج عنها ، وقد تضافرت الآثار والأخبار بأن الالتزام الذى جاء أثراً للوقف لم يكن إلا أثراً لصيغ كان التأبيد جزءاً من معناها أو لازماً من لوازمها ، فكل عبارات الواقفين من الصحابة والتابعين تدل على التأبيد ، وليس بها ما يشعر بالتأقيت والالتزامات التى ترتبت ما جاءت إلا أثراً لهذه العبارات المشتملة على التأبيد ، فإذا قلنا أن معانى الوقف والتزاماته تترتب على عبارات لا تأبيد فيها كان فى ذلك شىء من التهجم على الشرع لأنه التزام بشىء لم يجىء دليل من الشارع على الإلزام به ، ولأن التصرفات لا تستمد قوتها فى الإلزام بشىء إلا باعتبار الشارع لها ملزمة ، ولم يقم دليل على أن الوقف المؤقت ملزم إلزاماً مؤقتاً ولا مؤبداً ، بل الذى قام الدليل على اعتبار الشارع للإلزام به هو الوقف المؤبد مكان التأبيد فى نظر الشارع جزءاً من مفهوم الوقف ومعناه ، وهذا معنى ما جاء فى المغنى فيما نقلناه عنه من عبارات : « أن التأقيت ينافى مقتضى الوقف » .

(ج) إن فى الوقف إسقاطاً للملك ، فهو كالعتق وكل الإسقاطات لا تصح إلا مطلقة غير مؤقتة ، فكذلك لا يصح إسقاط الملك إلا مؤبداً ليتأتى معنى الإطلاق ، ولا يصح مؤقتاً كما أن العتق لا يصح مؤقتاً وإن قلنا إن الوقف تمليك لله أو للموقوف عليهم ، كما قال بعض الحنابلة ، فذلك أيضاً يقتضى التأبيد لأن التمليكات لا تصح مؤقتة فلا يصح البيع مؤقتاً ولا تصح الهبة مؤقتة ، فكذلك لا يصح الوقف مؤقتاً ، فلا بد من التأبيد ، بل التأبيد جزء من معناه الشرعى .

٥٩ — واستدل الذين أجازوا الوقف مؤقتاً كما جاز مؤبداً بأن الوقف فى جملة معناه وفى مغزاه ومرماه صدقة والصدقات كما تجوز بانفاق الغلات مؤبدة تجوز مؤقتا ، ولا دليل يبيح تلك ، ويمنع هذه ، فالتفرقة بين النوعين تحكم لا يجوز

نص ولا يستمد قوته من كتاب أو سنة ، وأن أصل الصدقات ثابت بالكتاب والإنفاق فى وجوه البر المختلفة أمر مقرر فى السنة وطرق الإنفاق فى أوجه البر متعددة النواحى ، مختلفة الأشكال ، منها التصدق بغلات بعض الأعيان أبداً مع حبس الرتبة عن التصرف ومنها الحبس المؤقت والاتفاق المؤقت ، ومنها تمليك رقبة العين للفقير ، وكل ذلك داخل فى عموم الصدقات منطو فى مضمونها مندرج فى مجمعها ، فلا تصح التفرقة بينها بالجواز فى بعضها والمنع فى الآخر . وفوق ذلك ثبت بالحديث الصحيح جواز حبس العين وإنفاق غلاتها مؤبداً ، كما يثبت بالقياس عليه جواز الحبس وإنفاق الغلات مؤقتاً ، لأن العلة وهى الإنفاق فى طرق البر متحققة فى الجانبين ثابتة فى الطرفين ، وإذا قيل إن الحبس مؤبداً قد ثبت على خلاف القياس وما جاء مخالفاً للقياس لا يقاس عليه غيره إذا قيل ذلك قلنا إن الوقف وإن كان مخالفاً لبعض القواعد المقررة التى ذكرناها آنفاً هو معقول المعنى ، فجاز أن يقاس عليه غيره ومن جهة أخرى نقول : إن الوقف المؤبد هو الذى يخالف القواعد الفقهية أما المؤقت فلا يخالف القواعد فى شىء لأن حبس رقبة العين عن التصرف مدة مؤقتة أمر مقرر فى الشرع له فيه نظير ، إنما الشذوذ فى حبس العين مؤبداً فإذا جاز ما فيه خروج على القواعد الفقهية ، فبالأولى يجوز ما لا خروج فيه ، والمعنى فيهما واحد .

٦٠ — ويردون أدلة الذين لم يجيزوه إلا مؤبداً بأن حديث عمر وإن جاءت فيه عبارات تدل على التأبيد لا يدل على أن غير المؤبد لا يجوز بل كل ما فيه يدل على أن التأبيد إن جاء فى صيغ الواقف كان واجب النفاذ لازم الرعاية ، وهذا لا يمنع صحة غيره والدليل على ذلك أن الحديث قد صدره النبى ﷺ بقوله : « إن شئت » فتصدير النبى ﷺ كلامه (بأن شئت) يدل على أن المرجع فى أمر الحبس إلى ما يختاره الشخص وإن ما يشير به ليس فيه قصر الحبس على شكل من الأشكال ولا على طريقة من الطرائق ، ثم إن كلمة حبس وهى التى ثبت أنها من عبارات

النبي ﷺ من غير نزاع ليس فيها ما يدل على التأبيد لأن التحبيس كما يكون مؤبداً يكون مؤقتاً وبقية عبارات التأبيد كانت من كلام عمر ، وليس فيها من أوجه الدلالة إلا أن عمر قالها وأقره النبي ﷺ وليس إقراره لها دليلا على عدم إقراره لغيرها ، وأنه ليس فى إجازة الوقت مؤقتاً إلزام بشىء لم يجىء دليل من الشرع على منع صحة الالتزام به ، لأنه صدقة والصدقة لازمة على المتصدق بالتزامه ، ولأن صحة الالتزام فى الوقف المؤقت تثبت بالقياس بل بدلالة الأولى من جواز الوقف مؤبداً . أما قول الذين اشترطوا التأبيد ان الوقف إسقاط للمالك أو تمليك وكلاهما لا يصح إلا مطلقاً غير مؤقت بزمن فليس بحجة على الذين يجيزون التأقيت ، لأن المالكيه والشيعة الذين أجازوا التأقيت يقولون إن الملك فى الوقف للواقف ، وهو باق له فليس فى الوقف على مذهبهم إسقاط ولا تمليك فلا يحتج بعدم التأقيت فى التمليكات والإسقاطات عليهم ؛ لأن صاحب المذهب يلزم بمذهبه ولا يلزم بمذهب غيره .

٦١ — قد سقنا لك اختلاف الفقهاء فى تأبيد الوقف ، فرأيت أن الأكثرين عدداً قد قالوا إن التأبيد جزء من معنى الوقف ومفهومه ، وأن القلة من الفقهاء رأت أن التأبيد ليس جزءاً من معنى الوقف ، فيجوز مؤقتاً ومؤبداً معاً ، وقد علمت أن القلة تستمد رأيها من معانى الشريعة ومغزاها ومرماها ، وهى بهذا قد استعاضت عن قلة عددها بقوة دليلها ، وكان من هذه القلة إمام جليل ، هو من أئمة الرأى وعلماء السنة الإمام مالك فجواز توقيت الوقف مع قوة دليله قد زاده قوة فوق قوته أنه قول من لا يحيد عن السنة قيد أنملة ، ومن يدرك وجوه الرأى السليم .

٦٢ — وقد أخذ بهذا النظر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ، فجوز الوقف مؤقتاً ومؤبداً إذا كان على الخيرات ، وإذا كان على غير الخيرات منع جوازه مؤبداً ، وقيده بطبقتين من الذرية ، وجوز توقيته بمدة لا تزيد

على ستين عاماً ، وكل هذا فى غير وقف المسجد ، فإنه لا يجوز إلا مؤبداً ، وبذلك صار الوقف بالنسبة للتأبيد والتوقيت ثلاثة أقسام :

قسم لا يجوز إلا مؤبداً ، وهو وقف المسجد .

وقسم لا يجوز إلا مؤقتاً ، وهو الوقف الأهلى أو الوقف الذرى كما يعبر القانون اللبنانى .

وقسم يجوز مؤقتاً ومؤبداً ، وهو الوقف الخيرى .

٦٣ — وقد اقتبس من القانون المصرى قانون الوقف اللبنانى الأحكام الخاصة بالوقف الذرى ، وإليك ما اقتبسه ومواده :

(المادة ٨) لا يجوز تأبيد الوقف الذرى ولا يجوز على أكثر من طبقتين ، ويعتبر الموقوف عليهم طبقة واحدة إذا عينهم الواقف بالاسم حين الوقف ، وإن لم يعينهم بالاسم اعتبر كل بطن طبقة .

(المادة ٩) لا يدخل الواقف فى حساب الطبقات .

(المادة ١٠) ينتهى الوقف الذرى بانتهاء الطبقة أو الطبقتين ، ويرجع الوقف إلى ملكية الواقف إن كان حياً ، وإلى ورثته من الطبقة الأولى أو الثانية ، حسب الأحوال إن كان ميتاً .

(المادة ١١) إذا لم يترك الواقف ورثة ، عاد الوقف إلى إدارة الأوقاف العامة ، إذا لم يشترط الواقف جهة بر مؤبدة .

٦٤ — وهنا نجد أحكام الوقف فى القانون اللبنانى تقتبس من القانون المصرى رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ، ولكنها لا تتقيد به من كل الوجوه ، وذلك فى بيان مآل الوقف بعد انتهائه ، وقد بدا الاختلاف فى ثلاثة أمور :

أولها — أن القانون المصرى جعل مآل الوقف إذا لم يكن الواقف حياً يكون للمستحقين ، أو لذرية من ينتهى الوقف عندهم ، بينما القانون

اللبنانى لا يجعل الوقف يئول إلى ذرية المستحق الذى انتهى عنده . بل إلى ورثة الواقف من هذه الذرية ، فمثلا إذا كان من انتهى الوقف عنده بنت بنت ، فإن القانون المصرى يجعل الوقف يئول إلى ذريتها ، بينما القانون اللبنانى لا يحكم بأيلولته إلى ذريتها ، بل إلى ورثة الواقف من الطبقة الأولى فإذا كان له بنت على قيد الحياة آل إليها ، وكذلك إذا كان له ابن ابن ، أو بنت ابن آل الوقف إليه .

ذلك لأنه لاحظ الوراثة فى أيلولة الوقف ، ولم يلاحظ الجزئية فقط ، وهى كونه من ذريته .

ثانيها — أن القانون اللبنانى لا يجعل الوقف ملكا للمستحقين إذا انتهى ، بينما القانون المصرى جوز ذلك ، لأنه جوز توقيت الوقف أهلياً بستين سنة ، وعسى أن تنتهى المدة ، والمستحقون على قيد الحياة ، فإنه جعل الملكية للمستحقين إن كان الواقف قد مات .

ثالثها — أنه إذا لم يترك الواقف ورثة لا ينتهى الوقف فى القانون اللبنانى ، بل يتحول إلى مصارف الأوقاف الخيرية العامة ، إذا لم ينص الواقف على جهة بر .

هذه هى الفروق فى أيلولة الوقف بعد انتهائه ، ويجب أن يلاحظ ما أشرنا إليه ، وهو أن قانون الوقف اللبنانى قيـــد الوقف الذرى بالطبقات فقط .

٦٥ — ويلاحظ أن القانون اللبنانى قصر حكم التوقيت على الوقف الأهلى أو الذرى فقط ، أو ما اختلط فيه الخيرى والذرى ، بأن كان فى نهايته على جهة بر ، أو كان مع كونه أهلياً قد تضمن مرتبات أو فى بعض أجزائه كان خيرياً ، ولذلك جاء فى المادة الثالثة منه :

« يتناول هذا القانون الوقف الذرى المحض ، والوقف المشترك بين الذرية والجهة الخيرية ، أما الوقف المتعلق بالمعاهد الدينية والمؤسسات

الخيرية فهو تابع للأحكام الشرعية والقوانين المرعية الخاصة به ، وللقرارات التى يتخذها المجلس الأعلى له علاوة أو تعديلا لإحدى مواد تلك القوانين حسبما يقتضيه الحكم الشرعى ، وهو يشمل جميع الأوقاف المضبوطة ، والملحقة التى تديرها إدارة الأوقاف العامة » .

وبهذا يتبين أن أحكام التوقيت خاصة بالوقف الذرى ، أما الوقف الخيرى أو المشترك ، فإنه لا يكون خاضعاً لنظام التوقيت .

٦٦ — ولكن يلاحظ أن الوقف قد يكون مشتركا ، فيكون جزء منه ذرياً ، ويكون الجزء الآخر خيرياً ، كأن يكون لشخص أطيان زراعية جعل نصفها للخيرات ، ونصفها على ذريته طبقة بعد طبقة وجيلا بعد جيل ، فإن صريح المادة الثالثة يجعله كالوقف على الذرية ولكن منطق القانون فى القسمة يجعله كوقفين : أحدهما — لجهة بر ، والآخر للذرية وكلاهما بعد التقسيم تسرى عليه الأحكام الخاصة به لزوال الاشتراك ، وكذلك إذا كانت هناك مرتبات لجهة بر مع الوقف الذرى ، وذلك يبدو من أحكام القسمة وهى أحكام عامة تعم الخيرى والذرى ، فقد جاء فى (المادة ١٧) :

« تجوز قسمة الوقف الذرى والوقف المشترك بين الذرى والخيرى قسمة لازمة بناء على طلب المستحقين أو أحدهم متى كان قابلا للقسمة ، ولم يكن فى ذلك ضرر ، ويجوز للمتولى على الحصة الخيرية طلب القسمة كأحد المستحقين تماماً .

ولا شك أنه عند تمام القسمة يكون الوقف وقفين تماماً ، ذلك أن حصة الذرى تمحضت للذرية ، ويسرى عليها حكم الوقف الذرى .

وبينت (المادة ١٩) طريقة القسمة إذا كانت ثمة مرتبات لجهات خيرية ، أو كان فى الوقف الخيرى مرتبات للذرية ، وفى حال تمام القسمة أيضاً يكون الوقف الذرى قائماً بذاته ، والوقف الخيرى قائماً بذاته أيضاً ، وبذلك تسرى عليه أحكام الوقف الذرى .

ولا بد أن نقول ذلك وإلا فإن الناس يستطيعون التخلص من قيود الوقف الخيرى وأحكامه باشتراط جزء ضئيل فى الوقف للذرية ليضمنوا بقاءه بعيداً عن إدارة الخيرات ، بحيث لا يمسه أحد ، ولو فصل الجزء الذرى ، وبقى الباقى متمحضاً للخيرى .

وعلى ذلك يكون معنى تناول أحكام القانون الجديد للوقف المشترك بين الذرى والخيرى هو فى مدة الاشتراك ، وبعد زواله بالقسمة .

٦٧ — ومع أننا نقرر أن القانون اللبنانى قد اقتبس من القانون المصرى - منطقه مع ذلك غير منطق القانون المصرى ، ذلك أن القانون المصرى اعتبر فى أحكامه الوقف قابلا للانتهاء فى ذاته ، بل إنه واجب الانتهاء فى ذاته فى الحال التى يكون فيها الوقف على الذرية فقط ، فإنه يجب انتهاء ذات الوقف بعد طبقتين ، أو بعد ستين سنة إلا إذا جعل لجهة خيرية من بعد ذلك على وجه التأبيد .

أما القانون اللبنانى فإن الظاهر فيه أنه ينتهى الوقف بعد الطبقتين إذا كان الواقف حياً ، وإلى ورثته من الطبقة الأولى ، أو الثانية حسب الأحوال ، وفى هذه الحال ينتهى الوقف من كل الوجوه ويصير ملكا ، ولكن الشرط أن يكون الورثة من الطبقتين الموقوف عليهما ، فإن لم يكن له ورثة لا ينتهى ذات الوقف ، بل ينتهى بالنسبة للطبقتين ، ويعود إلى إدارة الأوقاف العامة وتصرف غلته فى مصارفها ، أو يكون على جهة بر دائمة قد اشترطها الواقف .

٦٨ — ومهما يكن من قصر الواقف وقفه على الذرية ، فإن للخيرات حقاً فيه فى القانون اللبنانى ، ولذلك أوجب ذلك القانون عند قسمة الوقف الذى ينتهى ألا يختص المستحقون به كله ، بل لا بد من أن يكون لجهة البر التى نص عليها فى الوقف بعد الذرية حصة له ، ولذلك جاء فى المادة السابعة والعشرين منه .

« يقرر عند تقسيم الوقف الذرى المحض ما يقابل خمسة عشر فى المائة لقاء جهة البر المشروطة فى الوقف ، والتى لولاها لما صح الوقف وتسلم إلى الدائرة الوقفية المحلية لنصرف فى وجوه البر العامة » .

وإن هذه ملاحظة قيمة ، لأن كل وقف مآله إلى الخير ، سواء أمحض للخير ابتداء ، أو كان للخير حصة فيه ، أم كان على الذرية ثم يئول إلى الوقف ، ولكن هل يلاحظ هذا عند انتهاء الوقف كما لوحظ عند تقسيمه ، إنه لم يوجد نص صريح يفيد أن هذا يلاحظ عند الانتهاء ، ولكن منطق القانون يوجبه ، لأنه لم يزل معنى الخيرية من الوقف حتى عند الإنهاء ، فكان هذا دليلا على أنه يجب أن يحجز نصيب ، ولكن لا نص ، وإنه إذا أريد الجمع بين منطق القانون ، ونصوصه ، فإنه يجب أن نقرر أن الإنهاء فى الوقف الذرى قسمان ، إنهاء فى وقف ذرى قد أنشىء بعد القانون ، وفى هذه الحال لا يكون لأى جهة من جهات البر نصيب إلا إذا لم يكن ثمة وارث للواقف من الطبقتين ، فيكون مالا لا وارث له ، فيئول إلى أقرب جهة ، وهو إدارة الأوقاف ، وإن كان الوقف قديماً قد أنشىء قبل القانون ، فإنه بلا شك سيكون لجهة البر نصيب فيه حتما ، وهو نحو خمسة عشر فى المائة .

الانتهاء لتخرب الوقف أو ضآلة الأنصبة :

٦٩ — وهناك أحكام تخالف مبدأ التأبيد فى الوقف غير ما ذكرنا ، وهى إنهاؤه عند ضآلة الأنصبة وتخرب أعيان الوقف وتعذر استبدالها ، أو عمارتها . وقد اشتملت أحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٩ على ذلك قد جاء بالنسبة للإنهاء لأجل التخريب فى المادة (١٨) ما نصه :

« إذا تخربت أعيان الوقف كلها أو بعضها ، ولم تمكن عمارتها ، أو الاستبدال به على وجه يكفل للمستحقين نصيباً فى الغلة غير ضئيل

ولا يضرهم بسبب حرمانهم من الغلة وقتاً طويلا - انتهى الوقف فيه ؛ كما ينتهى فى نصيب أى مستحق يصبح ما يأخذه من الغلة ضئيلا » .

ويؤخذ من هذا أن الوقف ينتهى بتخريبه ، وينتهى بضآلة الأنصبة بالنسبة لكل المستحقين ، أو بالنسبة لمن يكون النصيب ضئيلا بالنسبة له .

والانتهاء الذى نصت عليه تلك المادة يكون بقرار من المحكمة بناء على طلب ذى الشأن ، ومآل الوقف فى هذه الحال ، أنه يكون ملكا للواقف إن كان حياً ، وإلا فإنه يكون لمستحقه وقت الحكم بانتهائه .

٧٠ — والقانون اللبنانى حذا حذو القانون المصرى فى هذا المبدأ ، وإن كان قد خالفه فى مآل الوقف مخالفة جزئية ، وإليك المواد التى جاءت فى هذا القانون على حسب آخر تعديل فيه :

(المادة ٣٢) إذا تخربت عقارات الوقف ولا يمكن عمارة المتخرب أو الاستبدال به على وجه يكفل للمستحقين نصيباً فى الغلة غير ضئيل انتهى الوقف فيه .

(المادة ٣٣) يعتبر الوقف منتهياً إذا أصبح ما يأخذه المستحقون من الغلة ضئيلا ، ويصبح ما انتهى فيه الوقف ملكا لمستحقه أو للواقف إن كان حياً .

(المادة ٣٤) يكون انتهاء الوقف بقرار تصدره المحكمة المدنية المختصة بناء على طلب أحد المستحقين تحفظ فيه الحصة الخيرية المبينة فى (الماده ٢٧) من هذا القانون .

(المادة ٣٥) إذا انتهى الوقف ولم يكن أحد من ذرية الواقف بسبب انقراضهم يعود الوقف إلى دائرة الأوقاف المحلية الخيرية .

٧١ — ويلاحظ هنا أمران :

أحدهما — أن القانون المصرى كان مع إيجازه أوضح فى بيان الأحكام

التى اشتمل عليه ، فهو يصرح فى بيان من يئول إليه الوقف بعبارة قاطعة لا تقبل أى تأويل مهما يكن بعيد الاحتمال ، ولذلك جاءت الفقرة الأخيرة من (المادة ١٨) إذ نصها هكذا : « ويصير ما انتهى إليه الوقف ملكا للواقف إن كان حياً ، وإلا فلمستحقه وقت الحكم بانتهائه » .

والأمر الثانى — أن القانون اللبنانى بحكم منطقه كان حريصاً على أن يكون لجهـــة الوقف الخيرية التى تنتهى إليها ، حصة تعادل ١٥ ٪ من الوقف ، وقد أهمل القانون المصرى ذلك فى كل أحوال الإنهاء حتى إنه لم يلاحظها عند إنهاء الأوقاف الذرية جملة بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، ولا شك أن القانون اللبنانى فى هذا كان أكثر محافظة على جهات الخير ، وأشد رعاية لها ، أما القانون المصرى فلم يلتفت إلى جهة البر التى تكون نهاية كل وقف ، كما كان الشأن فى الماضى بالنسبة لكل الأوقاف ، والأساس فى ذلك أنه ندر أن تنتهى طبقات المستحقين فى الوقف الأهلى إذا كان مسلسلا إلى انقراض الذرية ، وهذا قد يكون معقولا ، ولكن الإنصاف يتقاضانا أن نقول أنه توجد أوقاف أهلية لا تكون مسلسلة الطبقات فى الذرية إلى وقت الانقراض ، بل تكون فى طبقة أو طبقتين ، بل قد يقول الواقف : « الغلات علىّ ما دمت حياً ، ومن بعدى تكون لزوجى أو لولدى فلان ، ومن بعدهما تكون لجهة بر كذا . . . » فإذا جاز إنهاء الوقف الأهلى أو الذرى عند استحقاق الزوجة ، وملكته يكون فى ذلك غبن شديد على جهة البر .

٧٢ — وبالنسبة للأمر الأول ، وهو دقة النص فى القانون المصرى نقول : إن القانون اللبنانى صرح بأن الإنهاء فى حال التخريب أو الضآلة يكون بقرار تصدره المحكمة المدنية المختصة بناء على طلب أحد المستحقين ، إذ ذكرت (المادة ٣٣) أنه يصبح ما انتهى فيه الوقف ملكا للمستحقين .

وفى (المادة ٣٣) تصريح بأن الوقف يصبح منتهياً إذا أصبح ما يأخذه المستحقون ضئيلا إلى آخره .

وهكذا العبارات قد يبدو بادى الرأى تعارض بين ظواهرها ، (فالمادة ٣٣) قد يفهم من ظاهرها أن ذات الضآلة هى المنهية ، وليس حكم القاضى هو المنهى ، ولكن (المادة ٣٤) صريحة فى ضرورة الحكم ، ولم يبين من الذى يملك ، أهو المستحق وقت الحكم أو المستحق وقت الطلب ، وذلك كله قطعت فيه (المادة ١٨) من القانون المصرى بأوجز تعبير إذ قالت : « فإنه يكون لمستحقه وقت الحكم بانتهائه » .

ومهما يكن من تعارض الظواهر فى بعض الكلمات فإن مجموع المواد كلها يؤدى إلى ما قطع فيه القانون المصرى ، وإن اختلفت الصياغة ، وذلك لأن المواد يفسر بعضها بعضاً ، وكل مادة محمولة فى معناها على المادة الأخرى ، وإذا كانت إحدى المواد مطلقة (كالمادة ٣٣) فهى مقيدة بما اشتملت عليه (المادة ٣٤) والمطلق يحمل على المقيد فى تفسير القوانين بل بإجماع فقهاء المسلمين ما دام الموضوع واحداً والحكم واحداً ، ولذلك تحمل ظواهر الإطلاق فى (المادة ٣٣)على التقييد فى (المادة ٣٤) وذلك ما ذكره شراح القانون اللبنانى .

٧٣ — ومهما يكن من وضوح هذا ، فإنه بسبب عدم القطع فى النص وقع خلاف فقهى فى تطبيق هذا القانون فيما يتعلق بالإنهاء بسبب الضآلة ، وموضوع الخلاف هو أيستند الإنهاء إلى وقت طلب الإنهاء ، أم يستند الإنهاء إلى وقت الحكم به ، وأيعتبر الحكم كاشفاً أم يعتبر منشئاً للإنهاء ، ولا شك أن هذا الخلاف لا يمكن أن يكون له موضوع فى النص المصرى ، لأنه قطع بأن المستحق وقت الحكم هو الذى يملك الوقف .

وقد أصدرت محكمة النقض اللبنانية حكما يقضى بأن الإنهاء يستند إلى وقت الطلب ، لا إلى وقت الحكم ، وأن الحكم كاشف ، أو إعلانى كما يعبر

القانون اللبنانى ، وكان موضوع القضية أن المستحق طلب إنهاء الوقف لضآلة نصيبه وفى أثناء السير الدعوى مات أحدهم ، وآل نصيبه إلى الطبقة التى تليه ، فرفضت المحكمة دعوى الإنهاء بالنسبة للمتوفى ، ومنع أن يكون الوقف ملكا لورثته ، ولما رفع نقض فى هذا قررت المحكمة إعطاء ورثة المستحق باعتباره كان ملك أبيهم ، ورفضت دعوى الطبقة التى تلى المستحق ، وبنت حكمها على ظواهر (المادة ٣٣) وأولت (المادة ٣٤) بأن الحكم الذى تشترطه إعلانى أى كاشف ، وليس مقرراً ولا منشئاً للحق .

ونحن نخالف قرار المحكمة العليا فى هذا ، وذلك للوجوه الآتية :

أولها — أن الضآلة أمر نسبى ، فقد يكون ضئيلا فى نظر بعض المستحقين ، وضخما فى نظر آخر ، والذى يعين وصف الضآلة هو القضاء ، لا إرادة المستحق نفسه ، ولذلك اشترط حكم القاضى ، وهو شرط لتحقق السبب ، لا لترتيب الحكم ، وإذا كان شرطاً لتحقيق السبب ، فإن الإنهاء يكون من وقت الحكم لا من وقت الطلب .

ثانيها — أن عبارات المذكرة التفسيرية التى اقترنت بالقانون تصرح بأن الانتهاء متوقف على الحكم أى لا وجود له إلا بوجود الحكم ، فقد جاء فى هذه المذكرة ما نصه فى إنهاء الوقف للضآلة .

« وجعل الأمر فى انتهاء الوقف موقوفاً على حكم المحكمة التى تستعرض الظروف وتقدر الأحوال وتتخذ لكل حال ما يناسبها » وإن هذا النص بلا شك يقرر أن حكم المحكمة منشئ لا إعلانى ، لأن الإنهاء موقوف فى الوجود عليه ، فلا يثبت قبله ، وإنه من المقررات الفقهية أن الحكم المعلق لا يوجد قبل وجود المعلق عليه ، وهنا علق الانتهاء على الحكم ، وأصبح وجوده متوقفاً على الحكم فلا وجود له قبله .

ثالثها — أنه عند الانتهاء يجب أن يقرر الحكم حصة جهة الخير ،

وهو خمسة عشر في المائة ، ويجب أن يشتمل الحكم على ذلك ، كما نصت (المادة ٣٤) ، وإن الحكم بالنسبة لهذا منشئ كما تقرر البداهة ، فيجب أن يكون منشئاً في كل أجزائه لاتحاد الموضوع في ذاته ، واتفاق الغرض والمقصد من الحكم وهو تحقيق معنى الضآلة .

رابعها — أن الحكم يتضمن تغيير حال العقار من عقار موقوف إلى عقار مملوك ، وتغيير الأوصاف الشرعية للأشياء يكون بحكم القضاء ، لا بإرادة الأفراد ، ويستند التغيير إلى وقت الحكم ، لا إلى وقت السبب المجرد ، ولو كان السبب محدوداً .

فمن المقررات الشرعية أن الأمور الثابتة بحكم شرعي لا تلغى إلا بحكم شرعي قضائي ، ومن أمثلة ذلك استفاقة المجنون إذا كان قد زوجه وليه ، فقد صرحوا بأنه إذا اختار فسخ الزواج بعد استفاقته لا يتم الفسخ إلا بحكم القاضي ، والفسخ يكون من وقت الحكم لا من وقت الطلب ، حتى لو مات الزوج أو الزوجة قبل الحكم وبعد الطلب يجرى بينهما التوارث .

خامسها — أن المصدر التاريخي للقانون اللبناني هو القانون المصري رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ، وفيه النص الصريح على أن الوقف يئول في حال الضآلة والتخريب إلى من يكون مستحقاً وقت الحكم ، وعدم وجود النص صريحاً في القانون اللبناني يوجب الرجوع إلى أصله في تفصيل مجمله ، وتوضيح مبهمه ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

القربة فى الوقف

٧٤ — الأصل فى شرعية الوقف أن يكون صدقة يتقرب بها إلى الله سبحانه وتعالى بالإنفاق فى أوجه البر بالصدقة الجارية ، وقد تبين ذلك مما سقناه من أدلة فى صدر كلامنا فى حقيقة الوقف ، وجوازه ، ومنعه ، ولكن قد خالط الصرف على جهات البر المحضة صرف على جهات أخرى ليس الإنفاق فيها من الصدقات المعروفة فى الشرع الإسلامى ، كالإنفاق من الغلة على المستحقين الأغنياء من ذريته وغيرهم ، ولكن علم من الآثار الواردة عن الصحابة والتابعين وصف الأوقاف بالصدقات ، ووقع الوقف مع ذلك من بعض التابعين على الأغنياء ، ولذا جرى خلاف بين الفقهاء فى كون القربة جزءاً من حقيقة الوقف ومعناه ، أو هى أمر خارج عن حقيقته قد يتحقق بدونها ، وقد يكون مصاحباً لها .

٧٥ — فمالك رضى الله عنه لا يشترط فى جهة الوقف أن تكون قربة ، بل الشرط عنده ألا تكون معصية ، كالوقف على شراء أسلحة فى حرب محرمة ، يكون فيها اعتداء وبغى ، والوقف على الخمر ، وأباح الوقف على كل ما لا معصية فيه ، سواء أكانت فيه قربة ظاهرة كالوقف على الفقراء ، والمساجد ، وطلبة العلم ، وغير ذلك من وجوه البر ، أم لم تكن فيه قربة ظاهرة ، كوقف تمحض للأغنياء أو لغير المحتاجين إليه ، فهو عنده سائغ جائز ما دام خالياً من المعصية .

والاعتبار فى كونه معصية عند مالك يرجع إلى اعتقاد الواقف ، ولذا صح فى بعض الأقوال عند المالكية وقف المسيحى على الكنيسة ، سواء أكان على العبادة فيها أم كان على مرمتها وإصلاحها ، وقال ابن رشد إذا كان الوقف على مرمتها وإصلاحها فالوقف صحيح معمول به ، وإن ترافعوا إلى القاضى المسلم حكم بإمضائه ، وإن كان على عبادها لا يصح ، وهناك قول

ثالث فى مذهب المالكية هو عدم صحة الوقف على الكنيسة والبيعة مطلقاً .
والأقوال الثلاثة منصوص عليها فى الشرح الصغير(١) .

٧٦ — والشافعى ، لا يشترط ظهور القربة فى الوقف ابتداء ، بل يشترط ألا يكون فى معصية ، ولذا جاء فى شرح التحرير : « لا يصح الوقف على زيد ليقتل من يحرم قتله ولا على حربى ، لأنه إعانة له على معصية بخلاف ما لا معصية فيه سواء أكان جهة قربة كالفقراء والمساجد والمدارس أم جهة لا تظهر فيها قربة كالأغنياء » واعتبار كونه معصية عند الشافعى يرجع إلى اعتبار الإسلام ذلك ، سواء أكان معصية فى اعتقاد الواقف أم لا ، ولهذا نرى الشافعى يجيز وقف المسيحى أو اليهودى على المسجد ، لأنه قربة فى نظر الإسلام ، ولو لم يكن كذلك فى نظر الواقف ، لأن المسيحى باعتباره مسيحياً لا يرى فى الوقف على المسجد قربة مستحبة ، ولا أمراً مشروعاً ، وكذلك لا يجوز عند الشافعى أن يقف اليهودى على بيعته ، أو المسيحى على كنيسة ، لأن ذلك ليس قربة فى نظر الإسلام .

٧٧ — وأحمد بن حنبل يشترط أن يكون الوقف على بر أو على أمر معروف ، فقد جاء فى الشرح الكبير على المقنع ما نصه :

« إن الوقف لا يجوز إلا على بر أو معروف ، كولده وأقاربه والمساجد والقناطر ، وكتب الفقه والعلم والقرآن ، والسقايات ، والمقابر ، وفى سبيل الله ، وإصلاح الطرق ، ونحو ذلك من القرب ، ويصح على أهل الذمة ، لأنهم يملكون ملكا محترماً وتجوز الصدقة عليهم ، قال الله تعالى : « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم ، إن الله يحب المقسطين ، إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين ، وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على إخراجكم أن تولوهم ومن يتولهم

(١) راجع الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٦٧ .

فأولئك هم الظالمون » وإذا جازت الصدقة عليهم جاز الوقف عليهم كالمسلمين وروى أن صفية زوج النبي ﷺ وقفت على أخ يهودى لها ، ولأن من جاز أن يقف عليه الذمى جاز أن يقف عليه المسلم كالذمى ، ولو وقف على من ينزل كنائسهم من المارة والمجتازين من أهل الذمة وغيرهم صح ، لأن الوقف عليهم لا على الموضع » .

وجاء فى منتهى الإرادات فى بيان شروط الوقف : « الشرط الثانى أن يكون الوقف على بر مسلماً كان أو ذمياً كالوقف على المساكين والمساجد والقناطر والأقارب ، لأنه شرع لتحصيل الثواب ، فإذا لم يكن على بر لم يحصل مقصوده الذى شرع من أجله » .

ويؤخذ من هذين النصين أن الوقف لا يجوز إلا على بر أو أمر معروف غير مستنكر من الشرع ، كالوقف على الأولاد ولو كانوا أغنياء ، ولكنه لا يجوز فى معصية ، والعبرة فى كونه معصية يرجع إلى موضوع الوقف فى ذاته من غير نظر إلى اعتقاد الواقف ، فوقف المسيحى على الكنيسة لا يجوز ، ووقفه على المسجد يجوز ، وهو فى كل هذا كالشافعى تماماً .

٧٨ — ولا فرق على هذا الأساس بين المذهب الحنبلى والشافعى ، فالوقف يجوز أن يكون فى ابتدائه وآخره على الأغنياء ما دام الوقف عليه فيه بر معروف .

والفرق بين المذهبين لا يظهر فى أصل اشتراط الصدقة ، إنما يظهر فيما إذا كان الموقوف عليهم لا يحصون عدداً وفيهم الأغنياء والفقراء ، فأحمد يجوز هذا ، وكذلك الشافعى فى أحد قوليه ، وفى القول الآخر لا يجوزه ، فالفرق بينهم جزئى ، ولقد جاء فى المغنى فى بيان المذهبين :

« ويصح الوقف على القبيلة العظيمة كقريش وبنى هاشم وبنى تميم وبنى وائل ونحوهم ، ويجوز الوقف على المسلمين كلهم وعلى أهل إقليم ومدينة ،

كدمشق ونحوهم ، ويجوز للرجل أن يقف على عشيرته ، وأهل مدينته . وقال الشافعى فى أحد قوليه لا يصح الوقف على من لا يمكن استيعابهم وحصرهم فى غير المساكين ، لأن هذا تصرف فى حق الآدمى ، فلا يصح مع الجهالة ، كما لو قال وقفت على قوم ، ولنا أن من صح الوقف عليه إذا كان عدداً محصياً أو لم يكن محصياً ـ صح ، كالفقراء والمساكين » .

ومؤدى هذا أن المذهبين يتفقان على أنه إذا كان الموقوف عليهم الفقراء والمساكين يصح الوقف ، وإن لم يكونوا يحصون عدداً ، وأما إذا لم يكن على الفقراء والمساكين فهو موضع الخلاف فى المذهب الشافعى ، وظاهر المذهب الحنبلى أنه يصح ، ويصرف على من يرى الناظر الصرف إليه من غير أن يتقيد بالصرف على الفقراء منهم إذا كان فيهم غنى وفقير ، ما دام اللفظ مطلقاً غير مقيد .

ويلاحظ أن مذهب مالك رضى الله عنه ولو أنه لا يشترط القربة ـ لا يصرف الغلة على الأغنياء إذا كان الوقف على قوم فيهم الغنى والفقير ، ولا يمكن الصرف عليهم جميعاً ، فإنه فى هذه الحال لا يصرف إلا على الفقراء منهم ، فمن وقف على بنى فلان وتكاثروا حتى صار فيهم الفقير والغنى ، فإنه يصرف إلى ذوى الحاجة خاصة .

٧٩ ـ هذه مذاهب المالكية والشافعية والحنابلة فلننتقل إلى مذهب الحنفية .

لقد شدد الحنفية فى اشتراط الصدقة أكثر من غيرهم ، فاشترطوا أن يتمحض الوقف لجهة البر والقربة ولو مآلا ، فهم أجازوا الوقف على من لا قربة فى الوقف عليه ولا معصية على شرط ألا يتمحض الوقف له بأن يكون جهة لا تنقطع ، وهى لا تحصى آحادها ولا تستوعب . فالوقف على قوم أغنياء ، أو فيهم الغنى والفقير ، إذا لم ينص على أنه يصرف فى موضع

الاحتياج منهم لا يصح لعـــدم تمحض الوقف لا حالا ولا مآلا للصدقة ، وإن وقف على أولادهم ومن بعدهم على الفقراء صح لأنه تمحض للصدقة مآلا .

ولقد قال ابن نجيم فى البحر :

« والحاصل أنه متى ذكر مصرفا فيه نص على الفقراء والحاجة فالوقف صحيح يحصون أم لا ، ومتى ذكر مصرفاً يستوى فيه الغنى والفقير ، إن كانوا يحصون صح التمليك ، وإن كانوا لا يحصون فهو باطل ، إلا أن يكون فى لفظه ما يدل على الحاجة كاليتامى ، فحينئذ إن كانوا يحصون فالأغنياء والفقراء سواء ، وإن كانوا لا يحصون فالوقف صحيح ويصرف إلى فقرائهم ، وكذلك لو وقف على الزمنى فهو على فقرائهم ، وفى الفتاوى لو وقف على الجهاد والغزو أو فى أكفان المتوفى يفتى بالجواز » وبمثل ذلك جاء فى كتب الفتاوى والفروع ، على اختلاف يسير .

٨٠ — ويستفاد من هذا الكلام ثلاثة أمور :

أولها — أنه إذا وقف على من يحصون ، وذكر جهة بر من بعدهم فإن الوقف يكون صحيحاً ، ويصرف فى مصارفه كلها ، لأن العبرة بالمآل ، ولا يشترط أن يتمحض للخير ابتداء .

وثانيها — أنه إذا لم يذكر جهة بر وكان الموقوف عليهم يحصون ، فإنه يقول إن العين تنتقل إليهم تمليكا ، ولا يكون التصرف مقصوراً على الغلة وحدها ، وهذا بلا ريب إذا كان فى عبارة الوقف ما يشعر بأن التصرف تمليك ، فإنه يكون تمليكا بالنص ، لأن العبرة بالمقاصد والمعانى ، لا بالألفاظ والمبانى ، وإذا لم يكن فى العبارة ما يفيد التمليك ، فإن العبارة تنشأ باطلة ، لا التزام فيها ، إلا أن يقال إن كلمة وقفت تدل بذاتها على معنى التصدق ، فإنه فى هذه الحال يكون الوقف على الذين يحصون مصرفه الفقراء ، وقد أشرنا

إلى ذلك عند الكلام على اشتراط التأبيد .

ثالثها — أنه يستفاد من هذا الكلام أيضاً أن الوقف إذا كان على قوم فيهم الغنى والفقير أو كانوا جميعاً أغنياء ، فإن الوقف لا ينعقد إلا إذا كان فيه ما ينبئ عن الحاجة ، كالوقف على العميان والعرجى والزمنى ، فإنه يصرف على فقرائهم ، وروى الخصاف فى كتابه أحكام الأوقاف أن الوقف على العميان والزمنى إذا كان فيهم الفقير والغنى لا يصح لعدم تمحضه للصدقة لا حالا ولا مآلا ، ولا دليل يوجب الصرف إلى الفقراء منهم دون غيرهم .

ويجب أن يلاحظ أن الوقف على الأغنياء ليس خالياً من القربة والصدقة دائماً ، بل أحياناً يكون الوقف قربة ، ولو كان للأغنياء فيه منفعة ، أى لو كان يصرف على الأغنياء والفقراء ، كوقف الخان والسقاية والمقبرة ، فإنه يكون قربة ، ولو انتفع بها الغنى والفقير على سواء ، ولذلك يصح الوقف .

٨١ — وننتهى من هذا إلى أن الحنفية يشترطون القربة حالا أو مآلا ، ولا يكتفون باشتراط عدم المعصية ، كالشأن عند المالكية والحنابلة وبعض الشافعية . والقربة المعتبرة عند الحنفية يشترط لتحققها أمران :

أحدهما — أن تكون قربة فى نظر الشرع الإسلامى ، لأن الوقف بمقتضى تنظيمه فى الدولة الإسلامية شريعة إسلامية فيه ناحية عبادة دينية .

ثانيهما — أن يكون قربة فى نظر الواقف ، وعلى ذلك يصح وقف المسلم والذمى على الفقراء والخانات والسقايات ، وكل ما هو بر ، لا تختلف فيه الديانات ، ولا يتباين فى النظر إليه الشرائع ، ولا يصح وقف الذمى على مسجد ، لأنه وإن كان قربة فى نظر الشرع الإسلامى ليس قربة فى نظر المسيحى أو اليهودى .

والوقف على الفقراء مسلمين أو غير مسلمين قربة فى نظر الإسلام باتفاق الفقهاء ، فالوقف من مسلم على فقراء أهل الذمة أو مرضاهم قربة

يتقرب بها إلى الله تعالى ، وصدقة يثاب عليها المسلم ، ويحتسب بها عند الله حسبة مرجوة الجزاء ، لا يختلف فى ذلك شافعى عن حنفى ، ولا مالكى عن حنبلى ، ولا سنى عن شيعى ، وبذلك نطق القرآن ، فقد قال تعالى : « ويطعمون الطعام على حبه مسكيناً ويتيما وأسيراً » . والأسير فى زمن نزول القرآن لم يكن مسلماً قط ، فمدح إطعامه ولو قبض عليه مدرعاً بالشكة والسلاح لقتال المسلمين ـ دليل على أن العبرة فى الصدقات إلى المعنى الإنسانى الذى يتحقق فى كل بنى الإنسان ، مهما تتخالف الأديان .

٨٢ ــ وقد يقول قائل : إن خلاصة القول فى آراء الأئمة أصحاب المذاهب الأربعة على أن وقف المسيحى على الكنيسة باطل ان استثنينا مالكا وحده على قول عنده هو الذى أجاز فيه الوقف على الكنيسة أو البيعة ، وبقية الأئمة قد قرروا أن ذلك لا يجوز ، فهل يتفق هذا مع الحرية الدينية ، ومع القضية الإسلامية المشهورة : « أمرنا بتركهم وما يدينون » ؟ ونقول فى الإجابة عن ذلك : ليس فى عدم صحة الوقف على الكنيسة أو البيعة فى نظر الأئمة الثلاثة ـ ما يدل على عدم احترام الحرية الدينية ، أو على عدم احترام المسلمين لشعائر أصحاب الديانات الذين يعيشون فى جوار المسلمين وظل الدولة الإسلامية ، وليس فيه ما يناقض القضية المشهورة : « أمرنا بتركهم وما يدينون » ، وذلك لأن هؤلاء الأئمة قد اتفقوا على إقرار الذميين فى بيوت عبادتهم وترميمها وإصلاحها لتبقى دائماً قائمة ، تقام فيها الشعائر الدينية ، وإنما لم يجوز بعضهم الوقف عليها ، لأن الوقف بتنظيمه فى الدولة الإسلامية ـ شريعة إسلامية بحتة ، وقد نظروا فيه إلى أنه عبادة إسلامية خالصة ، وإذا كان له نظير عند غير المسلمين فى شرائعهم ، فلا مانع من أن يحكموا هم بينهم بما فى كتبهم أو نظمهم الدينية . وإذا ترافعوا إلى الحاكم الإسلامى ليقضى بالشرع الإسلامى ، فإنه سيقضى بمذهب الدولة الإسلامية فيه ، فإن كان مالكياً أبقى الوقف ،

وإن لم يكن مالكياً حكم بمذهبه، وهم فى حل من أن يترافعوا ، ويبقى الأمر فيما بينهم على ما هو عليه .

على أنه قد اختير فى القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ الأخذ بمذهب مالك على ما سنبين إن شاء الله تعالى :

٨٣ — تبين مما تقدم أن الأصل فى شرعية الوقف أنه صدقة ، وكان الظاهر أن يكون فى ابتدائه وانتهائه ممحضاً للخير ، ولكن الأئمة أجازوه فى كل معروف ، وإن كان الحنفية قد شددوا فى أن يكون انتهاؤه للخير ، ولقد كانت آراء الفقهاء فيها تسهيل على الناس وتوسعة .

ولكن نبت من بين الفقهاء وقد ظهرت أضرار الوقف الكثيرة إذا لم يكن على جهة بر ابتداء ـ من يرى أن الوقف يجب أن يتمحض للخير فى ابتدائه وانتهائه ، وأن تزال تلك التوسعة التى قررها الأئمة المجتهدون ، وأن يبقى العمل بالحديث الذى خاطب به النبى ﷺ عمر بن الخطاب ، إذ قال له : « إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها » وقد قال صاحب الروضة الندية فى التعليق على هذا الحديث :

« إطلاق الصدقة يشعر بأن للواقف أن يتصدق بها كيف شاء فيما فيه قربة ، وقد قيل فى ذلك (فى وقف عمر) فتصدق بها على الفقراء وذوى القربى والرقاب والضيف وابن السبيل . . . والحاصل أن الوقف الذى جاءت به الشريعة ، ورغب فيه رسول الله ﷺ وفعله أصحابه هو الذى يتقرب به إلى الله عز وجل ، حتى يكون من الصدقة التى لا ينقطع عن فاعلها ثوابها ، فلا يصح أن يكون مصرفها غير قربة ، لأن ذلك خلاف موضوع الوقف المشروع ، لكن القربة توجد فى كل ما أثبت فيه الشارع أجراً لفاعله كائناً ما كان ، فمن وقف مثلا على إطعام نوع من أنواع الحيوان المحرمة كان وقفه صحيحاً ، لأنه قد ثبت فى السنة الصحيحة : « ان فى كل كبد رطبة أجراً » ، ومثل هذا لو وقف

على من يخرج القذارة من المسجد ، أو يرفع ما يؤذى المسلمين فى طريقهم - كان ذلك وقفاً صحيحاً ، لورود الأدلة الدالة على ثبوت الأجر لفاعل ذلك فقس على ذلك غيره مما هو مساو له فى ثبوت الأجر لفاعله ، وما هو آكد منه فى استحقاق الثواب » .

ونرى من هذا أن صاحب الروضة الندية لا يرى وقفاً إلا ما كان محضاً للصدقة ولا يعترف بسواه وقفاً سائغاً شرعاً .

القربة فى القوانين التى نظمت أحكام الوقف :

٨٤ — كان العمل فى بلاد الشام ومصر بالمذهب الحنفى ، ولا يزال العمل به فى الأردن والعراق ، وفى البلاد السعودية العمل بمذهب الإمام أحمد ، وقد بيناه فى هذا .

وقد جاء القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ، فأخذ بمذهب الإمام مالك ، واعتبر الوقف جائزاً على كل ما ليس معصية ، فقد أجاز الوقف الأهلى ولم يعتبره إلا مؤقتاً بستين سنة أو بطبقتين من المستحقين ، والوقف فى هذا ليس على وجه من وجوه القربات ، وإن كان على وجه معروف لا يعد صدقة ، ولا شك أنه تشوبه المعصية إذا قصد به حرمان الورثة من ميراثهم ، فإنه وقف المضارة ، ووقف المضارة لا يجوز ديناً ، وإن أجازه أكثر العلماء من الناحية القضائية ، لأنهم لا يبحثون عن النيات والبواعث ، فإن ذلك قد ترك لحكم الديان ، وهو العليم بذات الصدور ، الذى لا تخفى عليه خافية فى الأرض ولا فى السماء .

وبالنسبة لوقف غير المسلم أجاز القانون وقفه ولم يشترط أن يكون قربة فى ذاته ، ولا قربة فى اعتقاده ، بل الشرط ألا يكون فى معصية فى دينه ، وفى الإسلام ، وذلك ما نصت عليه المادة السابعة ، فقد جاء فيها :

« وقف غير المسلم صحيح ما لم يكن على جهـــة محرمة فى شريعته وفى الشريعة الإسلامية » .

٨٥ — والقانون اللبنانى الذى أعقب القـانون المصرى أبقى الوقف من حيث جواز الخيرية ، والوقف على الذرية على ما كان عليه فى مذهب أبى حنيفة، ولـكنه أخذ من مذهب مالك التوقيت ، فأوجب توقيت الوقف الأهلى بستين سنة أو بطبقتين ، وبذلك يصح أن يكون الوقف خالياً من ناحية الصدقة والخيرية .

وترك معنى الخيرية للأحكام الشرعية والقوانين المرعية ، وللقرارات التى يتخذها المجلس الأعلى ، وبذلك فتح الباب لتوسيع معنى الخيرية ، حتى تشمل معابد غير المسلمين وغيرها ، مما يتفق مع نظام الطوائف فى لبنان .

وقد جاء بيان ذلك فى المادة الثالثة منه ، وهذا نصها :

« يتناول هـذا القانون الذرى المحض ، والوقف المشترك من الذرية والخيرية ، أما الوقف الخيرى المتعلق بالمعاهد الدينية والمؤسسات الخيرية فهو تابع للأحكام الشرعية والقوانين المرعية الخاصة به ، وللقرارات التى يتخذها المجلس الأعلى له ، علاوة أو تعديلا لإحدى مواد تلك القوانين حسبما يقتضيه الحكم الشرعى ، وهو يشمل جميع الأوقاف المضبوطة ، والملحقة التى تديرها إدارة الأوقاف العامة » .

وبذلك يتبين أن القانون اللبنانى فتح الباب لتوسيع التفسـير فى معنى الخيرية فى الوقف الخيرى ، وترك تفسير ذلك للإدارة المحلية للأوقاف التى حلت محـل وزارة الأوقاف العثمانية ، وإن ذلك يتفق مع الـكيان السياسى والاجتماعى والدينى للبنان ، وهو أيضاً يتفق مع أحـد الأقوال فى مذهب الإمام مالك الذى يعتبر الخيرية أو القربة على حسب عقيدة الشخص .

٨٦ — ولقد جاء القانونان السورى والمصرى فأبطلا الوقف الذرى كما تسمى

سوريا ، أو الوقف الأهلى كما تسمى مصر ، ومنع بمقتضى ذلك الوقف إلا إذا كان للخيرات ، وبذلك قامت الفكرة التى أبديناها من قبل ، وهى أن الوقف إذا رجعنا إلى مصادره الأولى ، وهى حديث النبى ﷺ وأوقاف الصحابة من بعده ـ نجد الوقف كان مقصوراً على الخير وجهات البر ، ولم يبح غيره إلا من بعد ذلك ، وكان القانون المصرى الصادر بذلك هو القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .

وقد منع بهذا القانون الوقف الذرى ، ولكن مع ذلك كان بعض الواقفين فى الماضى يكثرون الوقف على بعض أبواب الخير ، أو ما يظنونه خيراً ، كالوقف على المقابر ، ولذلك أجيز للمجلس الأعلى لوزارة الأوقاف فى مصر بعد استئذان المحكمة المختصة أن يحول أوجه الخير من وجه إلى وجه على حسب ما يرى المصلحة .

وقد جاء ذلك فى القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ ، وهذا ما اشتملت عليه المادة الأولى منه ، ونصها :

« إذا لم يعين الواقف جهة البر الموقوف عليها ، أو عينها ولم تكن موجودة ، أو وجدت مع وجود جهة بر أولى منها جاز لوزير الأوقاف بموافقة مجلس الأوقاف الأعلى وإجازة المحكمة الشرعية أن يصرف الريع كله أو بعضه على الجهة التى تعينها دون تقيد بشرط الواقف » .

٨٧ ــ وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية التى صحبت صدور القانون ما يبرر ذلك التغيير ، وقد بنته على أمرين :

أحدهما ــ مراعاة المصالح العامة .

وثانيهما ــ ما سوغه الفقه الإسلامى فى جملته من جواز مخالفة شروط الواقفين التى تتعلق بمصارفه ، ولننقل لك الجزء الأول ، مؤجلين الجزء الثانى إلى الكلام فى شروط الواقفين ، وقد جاء فى الجزء الأول ما نصه :

« الوقف الخيرى الذى يصرف ريعه على جهة بر سواء أنشئ خيريا ، أو لم تعرف جهة الصرف الموقوف عليها ، بأن كان وقفاً مما يعرف بالوقف المندثر - تتعدد مصارفه اليوم حسب ظروف كل وقف وشروطه بصورة تجعل الصرف أحياناً على بعض الجهات ضرباً من السخف ، أو سبيلا لمخالفة الشرع ، فى حين أن الغاية التى أجيز الوقف من أجلها ، أو حكمة التشريع هى التقرب إلى الله تعالى بالصدقة الجارية ، أو ما ينفع الناس ويعين على صلاح حالهم ، أو يقوى شوكة المسلمين بإحياء العلوم والفنون ، وشحذ الهمة للجهاد ، وكفالة أمر المجاهدين إلى غير ذلك مما يتمحض عن نفع عام ، وتقادم الزمن على هذه الأوقاف ، وعدم إدراك بعض الواقفين لخير المصارف التى يأتى بها الزمن ، وتجددها الأيام - كل ذلك يجعل من الضرورى اليوم أن تشرف جهة عامة على توجيه ريع الأوقاف الخيرية إلى المصارف ذات النفع العام التى يؤدى الإنفاق عليها إلى مجاراة نهضة الأمة ، وتحقيق أحسن الغايات الخيرية التى تلائم العصر ، دون تقيد بشروط الواقف ، أو تمسك بجهة معينة بذاتها تأبيداً ، والسبيل إلى تحقيق تلك الغاية وهو ترك حرية اختيار جهة البر التى ينفق عليها ريع الوقف لوزير الأوقاف بالاتفاق مع مجلس الأوقاف الأعلى متى أجازته المحكمة الشرعية على أن يقيد هذا الاختيار بأن يكون المصرف الجديد أولى من جهة البر التى نص عليها الواقف ، وتحديد الأولوية ترتبط بتحديد غاية أسمى أو منفعة أعم ، أو مصلحة أكبر ، فإطعام الفقراء مثلا خير من إلقاء الورد وسعف النخل على المقابر ، والصرف على جيش مصر أولى من الصرف على جيش الدولة العلية التى زالت علة الوقف عليه إلى غير ذلك من الأمثلة التى يجدها من يحاول أن يحقق للأمة من مصارف الوقف ما تنتفع به انتفاعاً صحيحاً ، وإن اختلف الفقهاء فى جواز مخالفة شرط الواقف فلا خلاف فى أن البر وهو غاية الواقفين يكون أقرب منالا ، كلما بدا وجه النفع فى مصرفه ، وليس هذا بدعاً فى الفقه الإسلامى ،

بل هو رأى بعض كبار أئمة الفقه الإسلامى ، فقد جاء فى كتاب المغنى جـ ٦ ص ٢٠ ما يأتى :

« إن المصرف الذى سماه الواقف لا يلزم ولا يتعين الصرف إليه إذا كان غيره أصلح منه ، حتى لو وقف على الفقهاء والصوفية واحتاج الناس إلى الجهاد صرف إلى الجند نظرا إلى المقصد الأصلى وهو القربة ، وهى تكون أتم ، فيما هو أصلح له ».

٨٨ — هذا ، ونلاحظ أنه أهملت إرادة الواقف إهمالا تاماً ، إزاء المصلحة التى يراها وزير الأوقاف ويوافقه عليها مجلس الأوقاف والقضاء ، ولكننا نرى أنه تجوز مخالفة إرادة الواقف بشرط التقيد بأحد أمرين :

أحدهما — أن يكون التقييد فى دائرة تنفيذ الغاية السامية التى يتجه إليها ، فإذا كان الواقف قد وقف على طلاب العلم فى المذهب الحنفى أو شيوخه ، وأريد تغيير المصرف يجب أن يكون فى دائرة تحقيق الغاية وهى حماية المذهب الحنفى وتنشيط دراسته ، وذلك بإخراج المخطوطات الدقيقة منه . أو تشجيع من يكتب فيه ، أو تسهيل اقتناء كتبه .

ثانيها — أن تكون ثمة ضرورة إلى التغيير ، كأن تكون الدولة فى حال حرب ، وأريد توجيه كل القوى نحو هذه الغاية ، ومنها غلات الأوقاف ، فإنه يجوز مؤقتاً صرف الغلات فى سبيل الله ، وهو الجهاد الذى حث عليه النبى ﷺ ودعا إليه ، ومن بعد زوال الضرورة تعود الغلات إلى مصارفها ما لم تكن غير صالحة للاستمرار .

وغنى عن البيان أنه إذا كان المصرف مشكوكا فى خيريته كالوقف على المقابر ، أو كان ثمة إسراف فى مقدار الموقوف فإن تغير المصرف أو بعضه يكون واجباً ، ولا يترك الأمر فرطا لا ضابط له .

٨٩ — ويجب أن نلاحظ أمرين :

أحدهما — أنه ترتب على هذا القانون أن أحجم الناس عن الوقف الخيرى

جملة ، ومن كان من الواقفين على قيد الحياة وله حق الرجوع فى وقفه رجع فيه . لأن كل واقف كان يتجه إذا حسن مقصده إلى علاج آفة اجتماعية معينة قد أوجب على نفسه أن يسهم فى علاجها ، فإذا حورب فى هذا المقصد الحسن . أو توهم أنه سيلغى بإرادة من وزير الأوقاف مع موافقة من اشترطت موافقته فإنه لا يتجه إلى ما اتجه إليه من أمر هو فى ذاته حسن ، فلو وقف واقف مقدارا من المال على أن يكون بعض مصارفه الإنفاق على مجلة إسلامية بقصد الدفاع عن الإسلام ، وتسهيل اقتناء هذه المجلة لفقراء المثقفين ، فإنه يتردد فى الاستمرار على إرادته إذا توقع إلغاء صدقته الجارية ، وكان حقاً أن يترك للناس حرية الاختيار فى المصارف ما لم يثبت أنها لا خير فيها ، أو يكون خيرها مشكوكا فيه .

الأمر الثانى — أن الأوقاف غير الإسلامية كانت طليقة لا يتدخل آحاد ولا جماعات فى حرية اختيار المصرف ما دامت فى دائرة البر والصدقة الجارية ، وبذلك كان التدخل الواضح فى ناحية ، والإطلاق الواضح فى ناحية أخرى ، وإن مقتضى الإنصاف أن يكون الإطلاق والتقييد بالنسبة للجميع .

الملكية فى الوقف

٩٠ ــ الملكية لا تخرج عن الواقف عند المالكية ، وفى بعض الأقوال عند الإمامية ، فقد قيل عندهم إن الملكية تبقى للواقف ، فلا تخرج عن ملكه ، ولكنها ملكية مقيدة ، فليس له حق بيعها ولا التصرف فى رقبتها ، فهى ملكية تثبت بحكم القواعد الفقهية ، والتنسيق الفكرى .

وقال بعض الإمامية إن الملكية تنتقل إلى الموقوف إليهم كالمذهب الحنبلى على ما سنبين ، ولكنها ملكية لا تجيز البيع ولكنها تفيد الانتفاع فقط ، فهى كالأول تطبيق للقواعد الفقهية .

وقال بعض هؤلاء الشيعة إن الوقف إن كان على جهات عامة لا تملك كالفقراء والمساكين والمصاح والقناطر . كان الملك لله ، وإن كان فى غير ذلك فالملك للموقوف عليهم .

ولكن القول الراجح عند الإمامية هو ما يتفق مع رأى الإمام مالك ، وهو أن الملكية لا تخرج عن ملك الواقف ، وروى هذا القول عن الإمام أحمد ، وجاء فى المغنى أنه ينسب إلى الشافعى رضى الله عنهم أجمعين .

٩١ ــ وحجة هذا القول الذى يقرر أن الملكية لا تخرج عن المالك تقوم على النص وعلى وجوه من الرأى :

(ا) أما النص فهو قول النبى ﷺ لعمر فى بعض الروايات : « حبس الأصل وسبل الثمرة » وتحبيس الأصل لا يقتضى خروجه عن ملك الواقف ، بل إقراره فى ملكه .

(ب) وأما الرأى فلأن الوقف إنما هو تصرف فى غلات الأعيان الموقوفة ، ولم يتجاوز ذلك إلى الأعيان إلا بالقدر الذى يلزم لاستيفاء الغلات منها ، وذلك لا يقتضى أن تخرج الأعيان من ملك أصحابها ، فلا تخرج إذ أن خروج

الملك من صاحبه لا بد أن يكون بسبب مخرج ، ولم يتعين خروج الموقوف عن الملك بالوقف ، لأنه لا يوجد ما يدل عليه من الصيغة ، ولأنه لاضرورة للتنسيق الفقهى توجب خروجه ، إذ يتصور أن تكون العين لمالك ، والمنفعة لجهة أخرى ، أو لشخص آخر ، كما هو الشأن فى الوصية بالمنافع ، إذ تكون الرقبة للورثة ، والمنفعة للموصى له بها .

وقد رجح كمال الدين بن الهمام ذلك الرأى مع أنه يخالف مذهبه ، وهو المذهب الحنفى ، فقد جاء فى فتح القدير : « وعند مالك هو حبس العين على ملك الواقف ، فلا يزول عنه ملكه . لكن لا يباع ولا يوهب ولا يورث ، وذكر بعض الشافعية أن هذا قول آخر للشافعى وأحمد ، لأنه ﷺ قال حبس الأصل وسبل الثمرة » وهذا أحسن الأقوال . فإن خلاف الأصل والقياس ثابت فى كل من القولين[1] وهو خروجه لا إلى مالك ، وثبوت ملكه أو ملك غيره فيه مع منعه من بيعه وهبته ، وكل منهما له نظير فى الشرع ، فمن الأول المسجد والمقبرة ، ومن الثانى أم الولد يكون الملك فيها باقياً ، وكذا المدبر المطلق عندنا ، فكل منهما يمكن أن يقع بالدليل[2] (أى يثبت وقوعه بالدليل

(١) القولان أولها أن تخرج العين إلى ملك الله تعالى . والثانى أن تبقى على ملك الواقف ، أو تكون الملكية للموقوف عليهم ، وقد جمع الأقوال فى اثنين .

(٢) أم الولد هى الأمة التى ولدت ولداً لمالكها . وهى تعتق بوفاة المالك ، وتستمر على ملكه ما دام حياً ، ولكن ليس له حق بيعها ولا هبتها ، والمدبر المطلق هو العبد الذى علق مالكه عتقه على وفاته من غير تقييد بأمر آخر ، وهذا لا يجوز بيعه ولا هبته عند الحنفية ، ومعنى الكلام أن الوقف فيه مخالفة للأصل الفقهى ، سواء أقلنا إن الملكية تبقى للمالك ، أم تخرج ، لأن الملكية إن بقيت له أو خرجت إلى الموقوف عليهم ، فهى ملكية تثبت على خلاف القياس ، إذ المالك والمتصرف حقيقتان متلازمتان ، وإن قلنا إن الملكية تخرج إلى غير مالك ، فمعنى ذلك أنها تكون سائبة لا مالك لها ، ولا سائبة فى الإسلام بعد ثبوت الملك عليها ، ومع مخالفة =

الشرعى) - ولا شك أن ملك الواقف كان متيقن الثبوت ، والمعلوم بالوقف أن شرطه عدم البيع ونحوه ، فليثبت ذلك القدر فقط ويبقى الباقى على ما كان ، حتى يتحقق المزيل ، ولم يتحقق ، فإن الذى فى الحديث فى بعض الروايات : « تصدق بأصله » مع أنه ليس على ظاهره ، وإلا لخرج إلى مالك آخر ، ثم رأينا غيره بينه بقوله : « إن شئت حبست أصلها ، وتصدقت بها » (أى بالتمر ، أو الغلة) ، وظاهره حبسها على ما كان فلم يخلص دليل يوجب الخروج عن الملك »[1] .

ونرى من هذا أن الكمال بن الهمام مع أنه حنفى ، ومن المجتهدين فى هذا المذهب - قد اختار مذهب مالك فى هذه المسألة ، وأخذ على نفسه أن يبرهن على صحته ، ويقيم الدليل على أحقيته .

٩٢ — هذا هو الرأى الأول ، والرأى الثانى هو رأى ابن حنبل فى أرجح الروايات عنه ، وهو أنه يخرج من ملك الواقف إلى ملك الموقوف عليهم . وقد جاء فى المغنى فى بيان هذا الرأى ودليله :

« وينتقل الملك فى الموقوف إلى الموقوف عليهم فى ظاهر المذهب ، قال أحمد إذا وقف داره على ولد أخيه صارت لهم ، وهذا يدل على أنهم ملكوه ، وروى عن أحمد أنه لا يملك ، فإن جماعة نقلوا عنه فيمن وقف على ورثته فى مرضه يجوز ، لأنه لا يباع ولا يورث ، ولا يصير ملكا للورثة ، وإنما ينتفعون بغلته ، وهذا يدل بظاهره على أنهم لا يملكون ، ويحتمل أن يريد

= كلا النظرين للقياس لكل واحد منهما نظير واقع ، فنظير القول الأول المساجد والمقابر ، فهى تخرج من المالك إلى غير مالك باتفاق الفقهاء ، ومن الثانى أم الولد ، والمدبر المطلق ، فكلاهما يكون مملوكا ، ولا يملك أحد التصرف فيه بالبيع أو الهبة .

(١) راجع فتح القدير جـ ٥ ص ٤٠ .

بقوله لا يملكون : لا يملكون التصرف فى الرقبة ، وعن الشافعى من الاختلاف ما حكيناه ، وقال أبو حنيفة لا ينتقل الملك فى الوقف اللازم ، بل يكون حقاً لله تعالى ، لأنه إزالة ملك عن العين والمنفعة على وجه القربة بتمليك المنفعة فانتقل الملك إلى الله تعالى كالعتق ، ولنا أنه سبب يزيل ملك الواقف إلى من يصح ملكه على وجه لم يخرج المال من ماليته ، فوجب أن ينتقل الملك إليه ، كالهبة والبيع ، ولأنه لو كان تمليك المنفعة المجردة لم يلزم كالعارية والسكنى ، ولم يزل ملك الواقف عنه ، ويفارق العتق ، فإنه أخرجه عن المالية ، وامتناع التصرف فى الرقبة لا يمنع الملك كالدين » .

ونرى من هذا أن جملة ما يستدل به أنه سبب مزيل لملك الواقف إلى من يصح تمليكه ، وهو الموقوف عليه ، ونحن نمنع تلك القضية ، فإن الوقف لم يزل ملك العين إلى من يصح تمليكه ، بل أوجد فقط حقاً فى غلات العين لمن يصح تمليكه ، إذ الحق الذى يثبت فى الموقوف للموقوف عليه بمقتضى الوقف ، إنما هو حق الانتفاع ، والاستيلاء على الغلات فى إبانها ، ولا يقتضى ذلك ملكية العين الموقوفة ، فتبقى الملكية على أصلها وتستمر للواقف ، لأنه لم يقم دليل على زوالها ، ولو حكمنا بزوالها لكان فى ذلك خروج عن القياس من ناحيتين :

إحداهما — إثبات ملكية لا يترتب عليها آثار بالنسبة للرقبة فلا يملك التصرف فيها بالبيع والشراء ! وهذا مظهر يعارض حق الملكية المطلقة .

والثانية — إزالة الملك عن صاحبه من غير تصرف موجب للزوال ، ولو أبقينا العين على ملك الواقف ما خرجنا على القياس إلا من ناحية واحدة ، وهى الأولى إذ يكون مالك لا يستطيع التصرف ، ولا شك أن مخالفة قياس واحد أولى بالأخذ من مخالفة قياسين ، إذا لم يكن مناص من مخالفة للقياس .

وأرجح الأقوال عند الشافعى ، ومذهب الحنفية أن الوقف يخرج من ملك الواقف إلى غير مالك من العباد ، بل تكون الملكية على حكم ملك الله تعالى ، وعلى ذلك الظاهرية وغيرهم من الفقهاء ، فقد قال ابن حزم فى المحلى :

« إن الحبس ليس إخراجاً إلى غير مالك ، بل إخراج إلى أجل المالكين وهو الله سبحانه وتعالى » .

وقد احتج الذين قالوا إن الوقف يخرج من ملك الواقف إلى غير مالك من العباد ، بل إلى ملك الله تعالى بأن بعض الروايات فى حديث عمر المشهور : « تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث » والتصدق بالأصل يقتضى خروجه عن ملك الواقف ، ولا يمكن إدخاله فى ملك أحد من العباد ، إذ ليس للعباد فيه إلا الغلات ، إن كانت لهم فيه حقوق ، لذلك تخرج الرقبة من ملك صاحبها إلى غير مالك من العباد ، ولما كان ذلك الخروج إنما هو على وجه الصدقة وهى لا يراد بها إلا وجه الله تعالى ، كان الملك لله سبحانه وتعالى . وقد رد كمال الدين بن الهمام بأن الرواية التى جاء فيها : « تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب » جاء لها نظير يعارض انتقال الملك ، وهى رواية : « حبس أصلها » ولا بد أن يكون المعنى للروايتين واحداً ، فيحمل إذن معنى تصدق على معنى حبس ، ولا يصح أن يحمل معنى حبس على معنى تصدق ، لأننا نكون قد حملنا كلمة « حبس » أكثر من معناها ، بينما كلمة تصدق لا تخرج عن معناها إذا حملنا حبّس ، لأن التحبيس على وجه الخير تصدق .

وفى الحق إننا إذا نظرنا إلى مذهب المالكية جملة وجدناه فى هذه الجزئية أبعد المذاهب عن مخالفة القواعد الفقهية وأقربها إلى القياس ، لأن الخروج فيه عن مقتضيات القياس أقل من غيره ، وذلك لأن المذهب المالكى يثبت ـكية للواقف لو وقفه ، ويجعله جائز التوقيت ، ويصح بيعه إن اشترط

لنفسه ذلك الحق ، وفى كل هـذا موافقة للقواعد الفقهية ، لأنه قد أثبت ملـكية وأثبت لها بعض آثارها ، فكان الوقف فى نظره غير بعيد عن القواعد الفقهية ، ولم يخرج عنها إلا بمقدار النص الذى سوغ الخروج : لا يعـدوه ولا يزيد عليه ، ولا يسير بعـده فى خطوط تبعده عن القواعـد الفقهية العامة المقررة .

٩٣ — هذه أحكام ملـكية العين الموقوفة فى المذاهب الإسلامية المختلفة ، وقد آن لنا أن ننظر ما اتجهت إليـه القوانين التى نظمت أحكام الوقف فى مصر ، ولبنان ، وسوريا .

ونقول فى ذلك إن سوريا ألغت الوقف الأهـلى أو الذُّرى وجعلت الأعيان ملـكا للمستحقين ، والوقف الخيرى فيها باق على ما كان العمل به فى مذهب الحنفية ، أى أن الملك فيه يكون على حكم ملك الله سبحانه وتعالى .

وأما فى مصر فإن أول قانون نظم الوقف بأقسامه هو القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ـ وقد جوز أن يكون الوقف مؤقتاً سواء أ كان أهلياً أم كان خيرياً ، وعلى ذلك يـكون الوقف الخيرى غير خاضع لمذهب الحنفية ، بل هو مستمد من المذهب الذى جوز الوقف مؤقتاً ومؤبداً ، وهو مذهب الإمام مالك ، ومذهب الإمامية ، وعلى ذلك يكون من الواجب أن نعرف حكم الملـكية فى القانون على ضوء ما جاء فى المذهب المـالـكى ، أسار على منهاجه أم خالف منهاجـــه ، ولـكى يستبين الأمر ندرس القانون فى هذا الباب كما جاء ، وإن كان الوقف الأهلى قد ألغى بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .

٩٤ — لم ينص القانون المذكور على الملـكية لمن تـكون فى الوقف بكل أنواعه . ولعله لم يفعل ذلك ، لأنه قانون تطبيق لا يلتفت إلى النظريات الفقهية ، ولـكن جاءت أحكامه فى المواد التى ينتهى فيها الوقف تفيد من تئول

إليه الملكية عند انتهائه، ولم نجد له منطقاً متسقاً فى ذلك ، فبينا هو فى بعض الأحكام يجعل الملكية تئول للواقف ولورثته ، وهذا يتسق مع منطق المذهب المالكى ، نجده فى أحكام أخرى جعل الملكية تنتهى إلى الموقوف عليهم ، وهذا يتفق مع منطق المذهب الحنبلى ، ولذلك لم يكن له فى هذا الباب منطق فقهى واحد ، وإليك (المادة ١٦) التى تنص على انتهاء الوقف المؤقت :

« ينتهى الوقف المؤقت بانتهاء المدة المعينة ، أو بانقراض الموقوف عليهم ، وكذلك ينتهى فى كل حصة منه بانقراض أهلها قبل انتهاء المدة المعينة ، أو قبل انقراض الطبقة التى ينتهى الوقف بانقراضها ، وذلك ما لم يدل كتاب الوقف على عودة الحصة إلى باقى الموقوف عليهم أو بعضهم ، فإن الوقف فى هذه الحال لا ينتهى إلا بانقراض هذا الباقى أو بانتهاء المدة » .

وجاء فى (المادة ١٧) التى تبين مآل الملكية ما نصه :

« إذا انتهى الوقف فى جميع ما هو موقوف على ذوى الحصص الواجبة طبقاً (للمادة ٢٤) أو فى بعضه أصبح ما انتهى فيه الوقف ملكا للواقف إن كان حياً ، فإن لم يكن صار ملكا للمستحقين ، أو لذرية الطبقة الأولى أو الثانية على حسب الأحوال ، فإن لم يكن منهم أحد صار ملكا لورثة الواقف يوم وفاته ، وإلا كان ملكا للخزانة العامة ، وإن انتهى الوقف فى جميع ما هو موقوف على غيرهم أصبح ما انتهى فيه الوقف ملكا للواقف إن كان حياً أو لورثته يوم وفاته ، فإن لم يكن له ورثة أو كانوا وانقرضوا ولم يكن لهم ورثة كان للخزانة العامة » .

وقد صرحت (المادة ١٨) بمآل الوقف إذا انتهى للتخرب أو ضآلة الأنصبة بأنه « يصير ما انتهى فيه الوقف ملكا للواقف إن كان حياً ، وإلا فلمستحقه وقت الحكم بانتهائه » .

٩٥ — وإنه بالنسبة لأصحاب الاستحقاق الواجب الذين كان قد نص عليهم كما رأينا

على استحقاقهم القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ، وهم الورثة من ذرية الواقف ، ولو كانوا من ذوى الأرحام والأبوان وأحد الزوجين ، فإن هؤلاء يكون لهم استحقاق واجب ، وإذا انتهى الوقف عليهم بانتهاء مدته ، أو بانقراضهم ، أو انقراض الطبقتين ، تكون العين ملكا للواقف إن كان حياً ، وإلا فلورثة المستحقين . وأما الوقف على غير هؤلاء فإنه يكون للواقف وورثة الواقف .

وكيفما كان الأمر فإن هذه الأحكام غير مستقيمة على منطق واحد كما أشرنا ، فبينا هى تجعل الملكية الكاملة فى النهاية للواقف باعتبار أن الرقبة لم تخرج عن ملكه ، وهى نظرة مستقيمة ـ نجدها تُردِفها بما يهدمها بجعل الملكية الكاملة تكون لورثة الطبقة الأخيرة إن لم يكن حياً ، لا لورثته ، وهذا بلا شك لا يتسق إلا على أساس أن الملكية فى الأعيان تكون للموقوف عليه الذى هو مذهب الإمام أحمد ، فالمادة على هذا لا تسير على نظرية واحدة ، بل تلفق تلفيقاً بين نظريتين لا ينتج عنه وحدة فكرية متناسقة متماسكة الأجزاء ، بحيث تتلاحق وتتساوق فى سلسلة منطقية واحدة .

ويقال فى الجواب عن ذلك إن هذا يتفق مع مرامى هذا القانون ، وهو حفظ الميراث لبعض الورثة ، وهم ذرية الواقف ، والأبوان وأحد الزوجين ، وما دام قد حفظ لهم حقهم فى الميراث ، بكونه وقفاً يأخذون فيه بالاستحقاق فإنه يئول إلى ورثتهم على أساس الملك إذا انتهى الوقف ، وعودة العين إلى الواقف ما دام حياً يتفق مع نظرية المحافظة على ميراثهم ، لأنهم ليس لهم الحق فى الميراث ما دام على قيد الحياة ، ولأن الوقف ما دام على قيد الحياة لا ينتقل إلى الورثة ، وهو غير لازم ، فإذا مات صار لازماً ، وانتقل إلى ملكية الموقوف عليهم ، وبذلك يكون القانون سائراً على مقتضى منطقه ، لأنه يعتبر الملكية للواقف ما دام حياً ، فإذا مات انتقل

إلى ملكية الموقوف عليهم باعتبار أن المستحقين استحقاقاً واجباً الذين حفظ حقهم فى الميراث استحقاقا ما دام الوقف قائماً - إذا زال الوقف آل إلى ذريتهم، وهنا يجىء النقد من ناحية أخرى، وهو أنه كان المنطق يوجب أن ينتقل إلى ورثتهم لا إلى ذريتهم، لكى يكون تطبيق حكم الميراث سليما، فالاضطراب الفكرى قائم على أى صورة، وهذا ما يؤدى إليه التلفيق الفقهى فى أكثر أحواله، فهو يؤدى إلى ذلك الاضطراب فى المقاييس الفقهية.

٩٦ — ولنترك هذا، وهو أمر كان متعلقاً بالاستحقاق الواجب الذى كان ثمرة من ثمرات القانون الذى نظم الوقف الأهلى، ورتبه، وقد ألغى الوقف الأهلى فألغى معه الاستحقاق الواجب فى الوقف، وإن كانت فيه طرق أخرى للمحافظة على حقوق هؤلاء الذين نص القانون على وجوب توافر حقهم فى الميراث.

ولنتجه إلى الجزء الباقى من أحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦، وهو الوقف الخيرى الذى جاز مؤقتاً، كما جاز مؤبداً. فإنا نجد القانون يتسق فى اتجاه اتساقاً منطقياً على أساس أن العين الموقوفة تكون على ملك الواقف وورثته من بعده. وهو مذهب مالك الذى أخذ منه مبدأ توقيت الوقف. ذلك أنه جعل الأعيان تعود إلى ملك الواقف إن كان حياً، فإذا كان قد مات عند انتهاء الوقف الخيرى، فإن العين تكون لورثته، ثم لورثة ورثته إذا كان ورثته قد انقرضوا. وإلا فلمن يليهم، وهكذا، فإن لم يكن أحد من ورثته ولا من يلونهم إلى آخره تكون الأعيان للخزانة العامة كالشأن فى كل مال لا وارث له، والعبرة فى الورثة بالورثة يوم وفاته، وهنا نجد نقداً يوجه إلى القانون المذكور، من حيث الوضوح، ذلك أنه إذا كان له أولاد يوم وفاته، ثلاثة مات اثنان منهم قبل انتهاء الوقف، وعند الانتهاء لم يكن له إلا ولد واحد، أفيعود الوقف كله إليه أم يعود نصيبه فقط من التركة؟

نجد القانون مبهماً فى هذا ، والمنطق يوجب أن يعود إليه نصيبه فقط باعتبار أن الملكية كانت للواقف ، ولما مات آلت هذه الملكية فى الرقبة إلى كل ورثته ، وكل من يئول إليه جزء منها إذا انتهى الوقف تعود إليه غلات هذا الجزء ، وإن هذا قد يستفاد من عبارة القانون لأنه صرح بأن العبرة بالورثة من يكونون عند الوفاة ، ولكنه أبهم من بعد ذلك ، فصرح بأن انتقال الحق إلى من يليهم إذا انقرضوا ، وذلك يستفاد من ظاهره أنه لا يئول إلى الورثة الذين يلون من ورثوه إلا إذا انقرض كل الذين ورثوه .

ولذلك نقول : إن عبارة القانون غير محررة ، وكان الأولى أن يقول : يعود الوقف إلى ورثته وقت وفاته ، ومن يكون قد مات منهم بعد وفاته فإن نصيبه يئول إلى ورثته وهكذا ، وبذلك يتحرر التعبير ، ويستقيم المنطق ، ويستقيم التفكير .

٩٧ — والاضطراب الفقهى واضح كل الوضوح فى الملكية بعد انتهاء الوقف المتخرب ، أو الإنهاء لضآلة الأنصبة . فإنه من غير أى مرمى فكرى أو إصلاحى قرر أن الوقف إذا انتهى بسبب التخرب أو الضآلة يعود إلى الواقف إن كان حياً ، وهذا أخذ بنظر الإمام مالك فى ملكية الوقف ، ولكنه يقرر بعد ذلك أن العين تعود إلى المستحق إذا كان الواقف قد مات ، وذلك أخذ بمذهب الإمام أحمد ، وإنه إذا كان بالنسبة للاستحقاق الواجب قد وجد ما يبرره من غرض للقانون . فإن هذا التلفيق لا نجد ما يبرره ، إلا أن يكون قد قصد مصلحة المستحقين من غير ارتباط بأى نظرية فقهية .

٩٨ — هذه هى المآخذ التى أخذناها على القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ، وهو القانون المصرى الذى استمد منه القانون اللبنانى كثيراً من أحكامه .

وإذا انتقلنا إلى القانون اللبنانى نجده يسير فى الوقف الخيرى على مقتضى مذهب أبى حنيفة ، فهو يجعله سائراً على مقتضى الأحكام التى كانت مرعية

من قبل ، وهى فى جملتها مشتقة من المذهب الحنفى الذى يعتبر العين فى الوقف اللازم قد خرجت من ملك الواقف إلى ملك الله تعالى ، وهو لا يقبل التوقيت .

أما الوقف الذرى ، أو الأهلى ، فإنه كالقانون المصرى جعله مؤقتاً تأقيتاً لازماً ، وقد كان حكمه فى مآل الوقف ينتهى إلى رأى مالك رضى الله عنه الذى يعتبر الأصل للوقف المؤقت ، ولذلك جعل الوقف الذى ينتهى لانتهاء طبقاته يرجع إلى الواقف إن كان حياً ، وإلى ورثته من الطبقة الأولى أو الثانية على حسب الأحوال إن كان ميتاً .

وبهذا كان منطقياً بالنسبة للأصل الذى اشتق منه ، وفيه الإبهام الذى لاحظناه فى القانون المصرى ، والذى ضربنا الأمثال عليه .

ولكن يلاحظ أنه إذا لم يكن للواقف ورثة أو كان وانقرضوا لا يئول إلى الخزانة العامة أو إلى بيت المال ، كما هو الحكم فى القانون المصرى ، بل الوقف يئول فى القانون اللبنانى إلى إدارة الأوقاف العامة إن لم يشترط جهة بر مؤبدة يئول إليها الوقف بحكم نص الواقف ، وبذلك تكون الأعيان الموقوفة فى دائرة الوقف إن لم يمكن أن تئول ميراثاً .

محـــل الوقف

(ا) الأعيان الموقوفة

٩٩ — أكثر الفقهاء على أن الوقف يكون على وجه التأبيد ، وقد خالف فى ذلك الإمام مالك والإمامية من الشيعة وقرروا أن الوقف يجوز أن يكون مؤقتاً ، وقد بينا ذلك من قبل .

ولذلك اشترط الحنفية أن تكون العين الموقوفة صالحة للبقاء ليمكن تنفيذ حكم التأبيد فيها ، ولهذا قرروا أن الأصل فى الوقف أن يكون عقاراً ، وجواز وقف غير العقار يجىء على خلاف الأصل ، وقد قرروا أن المنقول يجوز أن يكون وقفاً فى أحوال استثنائية :

أولها — أن يكون تابعاً للعقار ، والتابع للعقار قسمان :

أحدهما — متصل به اتصال قرار وثبات . وذلك كالبناء والأشجار ، لأن البناء والأشجار عندهم من المنقول ، وليست من العقار . وقد خالفهم فى ذلك الإمام مالك رضى الله عنه ، وهـذا النوع من المنقول يدخل فى العقار تبعاً له من غير نص عليه .

والقسم الثانى من المنقول هو ما يكون مخصصاً لخدمة العقار ، كالمحاريث ، والبقر العوامل فيها ، ونحو ذلك مما هو مخصص لخدمتها ، وهذه تدخل فى الوقف عند الحنفية بالنص عليها .

ثانيها — أن يكون قد ورد أثر بجواز وقفه كوقف الأسلحة ، والكراع ، وهو الحيوانات المخصصة للحروب ، وهذه تجوز وقفها ، لأنه يروى أن خالد ابن الوليد قد وقف سلاحه للغزو فى سبيل الله تعالى ، وهذا يجوز وقفه لورود ذلك الأثر ، وإقرار الصحابة لما صنعه ذلك المجاهد العظيم .

ثالثها — إذا جرى به عرف ، وذلك كوقف الكتب والمصاحف ، فإن العرف قد جرى بوقفها ، والعرف مصدر فقهى عند الحنفية ما لم يعارض نصاً ، وإلا كان عرفاً فاسداً ، والعرف الفاسد غير معتبر بإجماع العلماء .

وقد قرر الحنفية أن استبدال الموقوف إذا خشى عليه الفناء يكون الطريق لبقاء الانتفاع ، حتى إنه روى أنه لو جرى العرف بجواز وقف الدراهم والدنانير ، وهى لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها استبدل بها عقار أو نحوه مما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه .

وبذلك جمعوا بين تأبيد الوقف ، وجواز وقف المنقول فى صور استثنائية .

وإن تشديدهم فى اعتبار أن الأصل فى الموقوف أن يكون عقاراً يرجع إلى اشتراط التأبيد من جهة ، وإلى أن الأصل الذى قام عليه الوقف هو حديث الإمام عمر رضى الله عنه ، والموقوف فيه كان عقاراً ، وقد قصروه على ذلك لأن الوقف عندهم جاء على خلاف القياس ، لمورد النص ، فيقتصر فيه على مورد النص .

١٠٠ — والإمام مالك رضى الله عنه والشيعة الإمامية أجازوا وقف المنقول . وذلك يسير مع أصلهم لأن الوقف عندهم يجوز مؤقتاً ، ويجوز مؤبداً . وإذا كان يجوز مؤقتاً ، فلا يشترط أن تكون العين صالحة للبقاء الدائم الذى لا يتغير ، ويجوز عندهم وقف كل منقول من غير أى قيد يقيده ، وإذا كان الوقف مؤبداً وكان منقولا كان طريق بقائه هو الاستبدال ، فيحل محل المنقول عين ثابتة صالحة للبقاء .

والشافعية والحنابلة أجازوا وقف المنقول كالعقار ، ولكن يجىء هنا إشكال : كيف يمكن بقاء الوقف مؤبداً مع أن المنقول قابل للإتلاف ، وغير صالح للدوام ؟ وقد اختلفت الإجابة عن هذا السؤال فى المذهب الشافعى ففيه رأيان :

أحدهما — أنه ينتهي الوقف إذا تلف المنقول ، ومعنى التأبيد يكون مرناً ، فالتأبيد في كل عين بما يناسبها فما يكون غير قابل للفناء عادة يكون بدوام الوقف إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها ، وما يكون قابلا للفناء يكون بمقدار بقائه .

والرأي الثاني — أنه لا ينتهي الوقف ، بل يستبدل بالعين عند بدو انتهائها غيرها ، ويحل محلها في الوقف .

وقد جاء في المهذب بيان الرأيين في المذهب الشافعي ، فقال : « وإن وقف نخلة فجفت ، أو بهيمة فزمنت ، أو جذوعاً على مسجد فتكسرت ، ففيه وجهان :

أحدهما — لا يجوز بيعه لما ذكرنا في المسجد .

والثاني — يجوز بيعه ، لأنه لا يرجى منفعته ، فكان بيعه أولى من تركه بخلاف المسجد ، فإن المسجد يمكن الصلاة فيه مع خرابه ، وقد يعمر الموضع فيصلي فيه ، فإن قلنا تباع كان الحكم في ثمنه حكم القيمة التي تؤخذ من متلف الوقف » أي أنه يشترى به ما يكون وقفاً .

وجاء في نهاية المحتاج :

« لو لم يكن الانتفاع بها إلا باستهلاكها بإحراق ونحوه صارت ملكا للموقوف عليه ، كما صححه ابن الرفعة ، وجرى عليه ابن المعري في روضه ، لكنها لا تباع ولا توهب ، بل ينتفع بها كأم الولد ، ولا يلزم تناف بسبب القول بعدم بطلان الوقف مع كونه ملكا ، لأن معنى عوده ملكا أنه ينتفع به ، ولو باستهلاك عينه كالإحراق ، ومعنى عدم بطلان الوقف أنه ما دام باقياً لا يفعل به ما يفعل بسائر الأملاك من بيع ونحوه كما مر[1] » .

والمذهب الحنبلي أجاب عن الإشكال بجواب واحد وهو الاستبدال ،

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج الجزء الرابع ص ٢٨٦ .

وقد قال فى ذلك ابن عقيل : « الوقف مؤبد ، فإذا لم يمكن تأبيده على وجه تخصيصه (أى بعين معينة) استبقينا الغرض ، وهو الانتفاع على الدوام فى عين أخرى ، واتصال الأبدال جرى مجرى الأعيان ، وجمودنا على العين مع تعطلها تضييع للغرض »[1] .

١٠١ — وبهذا يتبين أن المذهب الحنفى وحده هو الذى شدد فى اعتبار الأصل فى الموقوف أن يكون عقاراً ، أما غيره من المذاهب الأخرى فقد جوز الوقف فى العقار والمنقول على سواء ، ما دام يمكن الانتفاع بالعين مع بقاء أصلها ، وإن لم يمكن ذلك استبدل بها غيرها .

ولقد جاء بعد ذلك القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ، فجوز وقف العقار والمنقول من غير قيد ولا شرط إلا أن يكون المنقول فى الإمكان الانتفاع به مع بقاء عينه ، ولقد نصت على ذلك (المادة ٨) وهذا نصها :

« يجوز وقف العقار والمنقول . ولا يجوز وقف الحصة فى عقار غير قابل للقسمة إلا إذا كان الباقى موقوفاً واتحدت الجهة الموقوف عليها ، أو كانت الحصة مخصصة لمنفعة عين موقوفة . ويجوز وقف حصص وأسهم شركات الأموال المستغلة استغلالا جائزاً شرعاً » .

١٠٢ — هذا هو القانون المصرى . وقد اقتبس منه القانون اللبنانى فى الوقف الذرى والوقف المشترك بين الخيرى والذرى ، وعلى ذلك يجوز فى هذا القانون وقف المنقول . كما يجوز وقف العقار ، وقد نص على ذلك فى (المادة ١٥) وهذا نصها :

« يجوز وقف العقار والمنقول ، كما يجوز وقف حصص وأسهم الشركات المستغلة استغلالا جائزاً شرعاً » .

---

(١) الشرح الكبير على المقنع جـ ٦ ص ٢٤٣ .

ونرى من هذا أن النص فى معناه يتلاقى مع النص المصرى ، ولكن (المادة الثالثة) من القانون اللبنانى تنص على أن أحكام هذا القانون تتناول الوقف الذرى المحض والوقف المشترك بينهما ، أما الوقف الخيرى المتعلق بالمعاهد الدينية والمؤسسات الخيرية فهو تابع للأحكام الشرعية والقوانين المرعية الخاصة به ، وللقرارات التى يتخذها المجلس الأعلى له .

وإذا أخذنا بظواهر هذا الكلام يكون جواز وقف المنقول خاصاً بالوقف الذرى أو المشترك إلا أن يكون المجلس الأعلى للأوقاف هناك صرح بجواز وقف المنقول .

والتفرقة بين الذرى والخيرى بالنسبة للموقوف عليه معقولة ، لأن الخيرى يشترط له التأبيد فى قانون لبنان ، فيجب أن تكون العين الموقوفة من الأعيان المستمرة ، وهى تكون من أنواع العقار عادة ، أما الوقف الذرى فإنه لا يكون إلا مؤقتاً . فصح وقف المنقول ، وهو متلاق معه من حيث البقاء والفناء .

٢ – وقف المشاع

١٠٣ – يرتبط الكلام فى الشيوع بالكلام فى اشتراط القبض ، فالفقهاء الذين اعتبروا الوقف تاماً من غير حاجة إلى القبض يجيزون الوقف مع الشيوع ، والذين قد اشترطوا القبض حكموا بأن الوقف لا يتم مع الشيوع ، بل لا بد من الإفراز والقسمة .

فمالك رضى الله عنه الذى شدد فى اشتراط القبض ، ولم يكتف منه بالتمكين ، بل اشترط الحيازة سنة كما بينا ، منع وقف المشاع قبل قسمته ، لأن الحيازة لا تتم مع الشيوع .

ومحمد من أئمة الفقه الحنفى الذى اشترط القبض لتمام الوقف ، قرر أن وقف المشاع لا يتم إلا بعد قسمته إذا كان قابلا للقسمة ، وعلى ذلك قسم المشاع إلى قسمين :

أحدهما – مشاع يقبل القسمة وهذا لا يتم الوقف فيه إلا بالقبض ، أما إذا كان المشاع لا يقبل القسمة فإن الوقف يتم من غير حاجة إلى القسمة ، وأساس التفرقة عند الإمام محمد أن المطلوب هو القبض الكامل ، وهو يختلف باختلاف الأشياء ، فالقبض الكامل فيما يقبل القسمة يكون بالقسمة ، لأنه لا يكون القبض كاملا إلا بها ، وهى ممكنة ، فلا يترك القبض الكامل إلى الناقص مع إمكان الكامل . والأعيان التى لا تقبل القسمة أكمل قبض فيها هو التمكن من الانتفاع بها ، فاكتفى فيها بهذا التمكن .

وأبو يوسف وغيره ممن لم يشترطوا القبض أجازوا وقف المشاع ، ويتم من غير حاجة إلى القسمة ، سواء أكان قابلا للقسمة أم لم يكن توسعة على الناس وتسهيلا عليهم ، وقد كان المعمول به فى مذهب الحنفية هو رأى أبى يوسف هذا ، واستمر معمولا به إلى أن جاء القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ .

ومع اختلاف الفقهاء فى شأن وقف المشاع ذلك الاختلاف قد اتفقوا على أن وقف المسجد والمقبرة لا يتم إلا بعد القسمة ، لأنه لا يتصور الانتفاع فيهما إلا بالإفراز والاستقلال ، إذ لا يتصور أن يكون المسجد شهراً مسجداً ، وشهراً آخر خاناً ، ولا يتصور أن تكون المقبرة سنة مقبرة ، وسنة أخرى مسكناً ، ولأن المسجد يقتضى الخلوص لله تعالى ، وذلك لا يتم مع الشيوع ، وكذلك المقبرة لا يتم تحقق كونها مقبرة مخصصة لهذا النوع من حاجات المسلمين إلا بالإفراز .

١٠٤ — هذا هو حكم الفقه فى وقف المشاع ، ولقد جاء القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ، وأجاز وقف المشاع الذى يقبل القسمة بإطلاق ، وهو فى هذا أخذ برأى أبى يوسف وغيره من الأئمة ، لأن هؤلاء أجازوا الوقف مع الشيوع ، أما ما لا يقبل القسمة فإن القانون قد منع وقفه إلا فى واحدة من أحوال ثلاث :

الأولى — أن تكون الحصة الأخرى موقوفة على الجهة التى أريد وقف الحصة الشائعة عليها ، كأن يكون قد وقف حصة فى مصنع على مستشفى وجعل المصرف شراء أدوية لها ، ثم بدا له من بعد ذلك أن يقف الحصة الأخرى على المستشفى على أن يكون المصرف هو مكافأة الأطباء ، ومثل ذلك أن يقف حصة من العقار غير القابل للقسمة على عمارة مسجد ، ثم يقف من بعد ذلك الحصة الأخرى على المسجد ، على أن يكون المصرف هو إقامة الشعائر فى المسجد .

وإن هذا يقتضى أن تكون الحصة الأولى قد وقفت قبل صدور القانون أو بعده فى حال مرض الموت أو ما يشبهها ، لأنه لا يتصور وقف شائع غير قابل للقسمة بعد صدور القانون ، إذ أن ذلك قد منع بعد صدوره إلا فى حال مرض الموت أو ما يشبهها ، ويقتضى هذا أيضاً أن يكون الوقف الثانى للحصة الشائعة قد صدر بها كلها من غير تجزئة ، لأن المقصود هو ألا يكون الوقف مشتركا مع غيره شركة لا تقبل القسمة ، ووقف جزء من الحصة الباقية يوجب استمرار الشيوع .

الحال الثانية — أن تكون الحصة الأخرى من المشاع مخصصة لخدمة عقار موقوف ، كأن يكون الوقف حصة شائعة فى رافعة مياه آلية ، أو ساقية ، والجزء الآخر كان مخصصاً لخدمة عقار موقوف ، وظاهر القانون أنه يجوز أن يكون الجزء الأول كان موقوفاً لخدمة عقار مصرفه غير مصرف الثانى ، والجهة ليست متحدة ، كالشأن فى الحال الأولى ، وذلك لأن الصيغة ذكرت مطلقة غير مقيدة ، ولا سبيل لتقييدها من غير قرينة أو لفظ مقيد ، ولا يصح أن تقاس هذه الحال على الأولى ، لأن الشركة فى عين العقار الموقوف تؤدى إلى النزاع كثيراً ، أما الشركة فى المرافق المخصصة لخدمة العقار ، فلا تؤدى إلى نزاع مثل الشركة فى عين العقار ، وإن أكثر العقارات تشترك مرافقها ، وإن كان النزاع يجرى أحياناً فى دائرة محدودة ، وإذا كانت الأعيان المشتركة فى مرفق موقوفة ، فإن النزاع الضئيل يكون له حاسم ، وهو يخف من تلقاء نفسه لأن المتنازعين لا يكونون مالكين للرقبة .

الحال الثالثة — أنه يجوز وقف الأسهم والحصص فى الشركات التى تغل بطريق جائز شرعاً ، وإن هذه الأسهم وتلك الحصص ، وإن كانت تدل على ملكية شائعة فيما لا يقبل القسمة - لا يؤدى الشيوع فيها إلى نزاع ، وهى يجرى فيها البيع والشراء . وهى فى عرف التجار أموال قائمة بذاتها ، تشبه عروض التجارة ، إذ يتجر فيها . وهناك رجال مال عملهم الاتجار فى هذه الأوراق ، فهى فى ذاتها تشبه الأموال المنقولة ، ولا يلتفت فيها عند البيع والشراء إلى كونها حصصاً شائعة ، إلا بقدر مركز الشركة المالى والاستغلالى ، وقوة ميزانيتها .

١٠٥ — هذا ويلاحظ أن مشروع ذلك القانون كان يمنع وقف المشاع بإطلاق ، ولو كان مشاعاً يقبل القسمة ، ولذا جاء فى المذكرة الأولى التى صحبت ذلك المشروع ما نصه :

« دلت الحوادث على أن الشيوع بين وقفين أو وقف وملك كثيراً ما يعطل مصالح الوقف ، فقد وجد أن الناظرين أو الناظر والمالك لا يتفقان على العمارة بينما تكون أعيان الوقف فى حاجة إليها ، وأحياناً يستبد المالكون الذين يسكنون أعيان الوقف ، فيصرفون جميع الأجرة أو أكثرها فى العمارة ، لمصلحتهم ، وغير ذلك كثير من أنواع الضرر الناتج من الشركة ، والقسمة قبل الوقف أسهل منها بعده ، فقد لا يجد الناظر ما يكفى لمصاريف قضية القسمة ، أو لا يهتم بالقسمة ، لذلك رؤى الأخذ بمذهب مالك فى عدم جواز وقف المشاع الذى لا يحتمل القسمة ، وبمذهب محمد فى عدم جواز وقف المشاع الذى يحتمل القسمة » .

ولكنه فى الأدوار التى مرّ بها القانون عدل عن فكرة منع الوقف فى المشاع بإطلاق واقتصر فى المنع على ما لا يحتمل القسمة .

فى القانون اللبنانى :

١٠٦ — والقانون اللبنانى أجاز وقف المشاع الذى يقبل القسمة . ومنع وقف المشاع الذى لا يقبل القسمة ، إلا إذا كانت الحصة الموقوفة شائعة قد اتحدت فى الجهة بالحصة الأخرى التى كانت موقوفة من قبل ، وقد نصت على ذلك (المادة ١٦) ، وهذا نصها :

« لا يجوز وقف المشاع فى عقار غير قابل للقسمة إلا إذا كان الباقى منه موقوفاً ، واتحدت الجهة الموقوف عليها » .

ويرى من هـذا أنه لم ينص على الحالين الأخريين اللتين ذكرهما القانون المصرى :

أولاهما — حال ما إذا كانت الحصة الشائعة التى استحدث وقفها مخصصة لخدمة عقار موقوف قد خصصت الأولى لخدمته ، فهما متحدان من حيث

الخدمة لعقار موقوف ، ويظهر أن القانون اللبنانى لم يلتفت إلى هذه الحال ، وجزء منها بلا شك داخل فى المادة السابقة وهى حال ما إذا كانت جهة الوقف واحدة ، وكلتا الحصتين مخصصة لخدمته ، لأن ذلك من نوع اتحاد الجهة ، أما بقية ما تشمله الحال الثانية ، وهى ما إذا لم تكن الجهة متحدة ، فإن النص لا يشملها .

والحال الثانية التى لم ينص عليها القانون اللبنانى ، هى حال وقف الأسهم والحصص المستغلة استغلالا جائزاً شرعاً ، وإن القانون وإن لم ينص عليها فى المادة التى تبين حكم الوقف فى المشاع ، قد نص عليها فى باب وقف المنقول ، وهى (المادة ١٥) فقد جاء فيها : « يجوز وقف العقار والمنقول ، كما يجوز وقف حصص وأسهم الشركات المستغلة استغلالا جائزاً شرعاً » .

وبذلك يتبين أنه اعتبر وقفها جائزاً ، وألحقها بالمنقول ، ولذلك وجه من الفقه ، لأنه يجرى فيها البيع والشراء كعروض التجارة على سواء .

٣ ــ ملكية الواقف للعين المراد وقفها

١٠٧ ــ قد اتفق الفقهاء على أن الوقف لا يكون إلا فى عين مملوكة لصاحبها ملكا باتاً ، وأن تكون معرفة تعريفاً كاملا ، فإذا كانت معروفة بالشهرة أكتفى بشهرتها عند الحنفية ، وإن لم تكن معروفة بالشهرة ، وجب حدها بحدودها الأربعة ، ولكن جرى العمل فى كل التوثيقات الخاصة بالعقود الناقلة للملكية أو ما يشبهها على ذكر الحدود الأربعة ، وعدم الاكتفاء بالشهرة ، لأن هذه العقود تستمر أحكامها آماداً طوالا ، وقد يأتى وقت تزول شهرتها مع بقاء حكمها ، فيجب أن تكون الوثيقة شاملة لبيانها ما دام حكمها قائماً ، وذلك بحدها بالحدود الأربعة المحيطة بها .

ولنترك ذلك الأمر الشكلى إلى أمر آخر جوهرى ، وهو ملكية الواقف للعين المراد وقفها ، فقد اتفق الفقهاء عليه . وذلك لأن الوقف تصرف يلحق رقبة العين الموقوفة ، فلا بد أن يكون الواقف مالكا لها ، أو على الأقل يملك التصرف فى الرقبة بالوقف ، وذلك بالوكالة عن صاحب العين الموقوفة أو الوصاية منه ، وإذا كان الواقف لا يملك العين أو لا يملك التصرف فيها بالوقف ، فإن الصيغة لا ينعقد بها وقف ، وقد تكلم الفقهاء فى صور تتعلق بذلك .

١٠٨ ــ ومن ذلك ما إذا كان العقار الموقوف قد اشتراه الواقف على أن يكون للبائع حق الفسخ مدة معلومة ، وهذا ما يسمى خيار الشرط ، فإذا وقف البائع العين المبيعة ، فإن وقفه يكون صحيحاً ، ويكون هذا فسخاً للبيع ، لأن العين لم تخرج من ملكه ، وإذا وقف المشترى فإن الوقف لا ينعقد نافذاً ، لأن الملكية لم تنتقل إليه ، وإذا كانت قد انتقلت على رأى بعض الفقهاء ، فإنها لم تنتقل إليه نقلا باتاً غير قابل للنقض من البائع ، إذ له حق الفسخ ، ولكن إذا انتهت مدة الخيار من غير فسخ فإن الملكية تنتقل نقلا باتاً إلى المشترى .

وإذا كان الذى اشترط الخيار لنفسه هو المشترى ، فإنه إذا وقف يقع وقفه صحيحاً نافذاً ، لأنه مالك ، وبوقفه بَتّ العقد ، وأزال حق الفسخ الذى كان له ، وإذا وقف البائع فإن وقفه لا يصح نافذاً .

١٠٩ — ومن هذه المسائل من يقف ما لا يملك ولا يوجد عقد يسوغ التمليك ، وهذا يشمل وقف الغاصب ووقف الفضولى ، ولقد فرق بعض الفقهاء بين وقف الفضولى ، ووقف الغاصب . فوقف الغاصب يكون غير صحيح ، لأنه وقف ما لا يملك على أنه يملك ، وأما وقف الفضولى فإنه يتوقف على إجازة صاحب الشأن . وذلك لأن الفضولى ، وهو يقف يسند الملك لغيره ، فيكون الأمر فى هذا إلى تعرف إرادة ذلك الغير ، ولذا لا ينعقد عقد الفضولى غير صحيح ، بل يكون قابلا للإجازة والنفاذ .

والأصل فى هذه المسألة هو فى التصرف فى ملك الغير الذى يكون موقوفاً ، أيشترط أن يكون تصرفه على أساس أنه لا يملك أم يجوز ولو كان تصرفه فى ظاهره على أساس أنه يملك ، فقد جاء فى البحر تعليقاً على عبارة الكنز « ومن باع ملك غيره للمالك أن يفسخه » ، فقال صاحب البحر : « ولو قال المصنف (أى صاحب الكنز) رحمه الله تعالى وباع ملك غيره لمالكه لكان أولى ، لأنه لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلا ، كما فى البدائع »[1] .

وعلى مقتضى هذا الكلام يكون من يبيع ملك غيره على أنه مالك له كالغاصب بيعه غير منعقد ، فلا يقبل إجازة ومن يبيع ملك غيره على أنه يبيع للمالك وعلى أنه غير مالك يكون فضولياً ، فيكون البيع قابلا للإجازة ومثل ذلك الوقف ، فمن يقف على أنه مالك ، والعين ليست مملوكة له يكون وقفه باطلا ، ومن يقف ما لا يملك ويسند الوقف لغيره ، فإن وقفه يكون قابلا للإجازة ، ولا يصدر باطلا .

---

(١) البحر ج ٦ ص ١٦٣ .

ولكن تخريج صاحب البحر هذا لم يوافقه عليه أكثر الشراح والمخرجين ، ولقد قال الخير الرملى فى التعليق على قول البحر إن الذى يقبل الإجازة هو ما إذا باع ما لا يملك على أنه لا يملكه : « لم يذكر أحد من مشايخ المذهب الواضعين للمتون هذا القيد ، وأقول تركه متعين ، يدل عليه توقف بيع الغاصب كما صرحوا به من غير تقييد ، وكما صرحوا به فى باب الاستحقاق من أن استحقاق المبيع يوجب توقف العقد على الإجازة لا نقضه فى ظاهر الرواية ، والظاهر أن ما قاله فى البدائع رواية خارجة عن ظاهر الرواية(١) » .

وبهذا يتبين أنه يتوقف على الإجازة كل بيع من غير مالك ، ولو كان البائع قد باعه على أنه يملكه ، ومثل البيع فى هذا الوقف ، فلو وقف ما لا يملك على أنه يملكه ، فالوقف لا يكون باطلا ولكن يتوقف على إجازة المالك .

وبمقتضى هذا تكون صيغة الوقف إذا صدرت ممن لا يملك ، فإنها تتوقف على إجازة المالك ، سواء أكان قد وقفه على أنه يملكه ، أو وقفه على أنه لا يملكه .

وعلى ذلك إذا استحق الوقف بأن ظهر أن الواقف لم يكن مالكا للوقف ، فإن المالك له أن يجيز الوقف وله أن يبطله .

وذلك إذا كان المالك يملك الإجازة ، فإذا كان المالك لا يملك الإجازة ، فإن الوقف يكون باطلا ، كأن يكون المالك فاقد الأهلية أو ناقصها ، فإنه لا يملك الإجازة ، وكذلك إذا كان من تحت يده الأعيان ليس مالكا ، ولا يملك أن يقف كالولى المالى على القصر ، فإنه لا يملك أن يقف ، لأن الوقف تبرع ، وهو لا يملك التبرع من مال القاصر .

الارصاد :

١١٠ — ومثل ذلك ولى الأمر بالنسبة لأراضى بيت المال ، فهو لا يملكها ،

(١) هامش الكتاب المذكور .

ويده عليها كيد الولى على مال القاصر، ولذلك لا يملك وقفها ، ولكنه يملك أن يخصص بعضها لبعض مصارف بيت المال ، فيصح أن يخصص غلة بعضها للإنفاق على علماء الدين ، أو على المساجد ، إذا لم تكن الأوقاف عليها كافية لعمارتها ، أو لإقامة الشعائر فيها ، أو يخصص بعض الغلات للإنفاق على الفقراء إذا لم يكف بيت مال الزكاة لسد حاجاتهم .

وقد قال الفقهاء إن تخصيص بعض عقار بيت المال لبعض مصارفه يسمى إرصاداً ، ولا يسمى وقفاً ، وهو لا يأخذ كل أحكام الوقف ، والسبب فى أنه ليس وقفاً ، أن الواقف لا بد أن يكون مالكا للعين الموقوفة أو نائباً عن المالك ، ويجوز له أن يقف ، ويد ولى الأمر يد نائبة عن المسلمين ، فليس مالكا ، ولا يملك أن يقف .

ولكن مع ذلك قرر بعض فقهاء الشافعية والحنفية أن الإرصاد يأخذ بعض أحكام الوقف من حيث انه لايجوز لولى الأمر أن يغير فى هذا التخصيص ، وقد رأينا فى المقدمة التاريخية أن الفقهاء وقفوا فى وجه الظاهر برقوق عندما أراد تغيير بعض مصارف الإرصاد ، فقد ذكر سراج الدين البلقينى أن ذلك غير جائز ما دام المصرف مما يجب على ولى الأمر سده .

وإن ذلك النظر له وجهه إذا كان المصرف الذى رصدت له غلات عين لا يزال محتاجاً لهذا الإنفاق . ولم يكن ثمة مصرف أولى منه ، ولنضرب لذلك مثلا ، إذا أرصد على العلماء ريع عقارات معينة من أراضى بيت المال ، ثم قدرت لهم مرتبات من أوقاف ، أو من ناحية من نواحى بيت المال الأخرى ، فإنه حينئذ يجوز صرف ريع ما رصد لهم فى أبواب أخرى من أبواب الصرف ، وكذلك إذا وجد مصرف آخر أهم من الصرف على العلماء . كأن تكون الدولة فى حال حرب ، ونضبت الموارد المخصصة للحرب ، فإنه يجوز الأخذ من الإرصاد المخصص للعلماء ، تقديماً للمصلحة الكبرى على المصلحة التى دونها ، ودفعاً للضرر

الأكبر باحتمال الضرر الأصغر . والخلاصة أن الإلزام بالإرصاد ليس مطلقاً ، بل هو ثابت فى حالما إذا كان من الوجه الذى أرصد له ، لا مورد له ، ولم يكن ثمة مصرف أشد حاجة منه .

أراضى الحوز :

١١١ — ومن الأراضى التى لا يجوز لبيت المال وقفها أراضى الحوز ، وهى الأراضى التى لم يدفع أصحابها ما عليها من خراج فاستولى عليها بيت المال ، واستغلها مدة استوفى فيها من غلتها ما عليها من خراج ، فإن يد ولى الأمر ليست يد ملك شخصى له ، وهى ليست من أراضى بيت المال التى يديرها ولى الأمر بصفة دائمة ، إنما هى أراض يديرها بالنيابة عن أهلها الذين أبقيت تحت أيديهم وأيدى أجدادهم من قبل ، وإذا كان ما يديره بيت المال من أراضيه لا يجوز لولى الأمر أن يقفه ، بل يجوز أن يخصص منفعته لبعض مصارف الدولة ، فأولى ألا يجوز وقف هذه الأراضى التى يديرها نيابة عن أهلها ، حتى يستوفى ما عليها من خراج .

ويلاحظ أن الأراضى الخراجية لا تعد ملكا لأصحابها من كل الوجوه ، ولذلك لم تُجِز الدولة وقفها حتى الدولة الفاطمية ، ثم أجيز وقفها من بعد ذلك ، ويكاد الفقهاء من بعد ذلك يجمعون على سلامة هذا الوقف ، مع أنهم يقررون أن ما يؤخذ منها أجرة ، ويقررون أنها فى الأصل موقوفة على مصالح المسلمين بمعنى أن ما يؤخذ منها ينفق على مصالح الدولة الإسلامية ومرافقها وحاجات الجند فيها إلى غير ذلك مما يقوم عليه بناء الدولة .

ولعل إجماع المفتين على جواز وقفها أساسه أن فيها نوع اختصاص ، ولأنهم مالكون للمنفعة ، ولكن مهما يكن فى الأمر من تخريج ، فإنه لا يخلو من تسامح فى تطبيق النظريات الفقهية التى تقرر أن الواقف يجب أن يكون مالكا للعين الموقوفة ، إلا إذا قلنا إنهم يجوزون وقف الحوز .

الإقطاعات :

١١٢ — الإقطاعات هى الأراضى التى يدفعها ولى الأمر لبعض الناس ليزرعوها ، أو لينتفعوا بها فى نظير مال يدفعونه أو لإحيائها على أن يفرض فيها ما يفرض فى مثلها .

ولذا نقول : إن الإقطاع قسمان : إقطاع استغلال ، وهذا لا تثبت فيه ملكية للرقبة ، والقسم الثانى إقطاع إحياء للموات ، وهذه تؤدى إلى الملكية على ما هو مقرر من أن من أحيا أرضاً ميتة فهى له .

وإن القسم الأول لا يثبت ملكية ، ولذلك لا يصح وقفه على رأى من يقول إن ملكية الرقبة شرط ، إذ أن المالك إنما يملك المنفعة فقط ، لأن الإقطاع كان مقصوراً عليها ، فيده يد مستأجر ، والمستأجر لا سلطان له على الرقبة حتى يقفها .

أما النوع الثانى من الإقطاع فإنه إذا تم إحياء الموات ، فإن الوقف يجوز ، وينعقد صحيحاً ، لأنه وقف ما يملك .

وقف المنافع والحقوق :

١١٣ — كل ما تكلمنا فيه كان على أساس أن الوقف فى الرقبة ، ولم نتعرض للكلام فى وقف المنافع والحقوق . وإن الذى نستظهره من أقوال الفقهاء أن الحق إذا كان مجرداً فإنه لا يوقف ، كحق المستأجر فى المنفعة ، فإنه لا يجوز وقفه ، لأن هذه حقوق شخصية ولا تتجه إلى الأعيان إلا عن طريق ذمة .

وإذا كان الحق متعلقاً بعين فإنه يتبع هذه العين ، فإذا كانت العين يصح وقفها فإنه يجوز وقف الحق تبعاً لها . ولقد نص فقهاء الحنفية على أنه تجوز الوصية بحقوق الارتفاق ، فهل يجوز وقفها أيضاً ، ونقول فى ذلك إن الوقف إذا كان منصباً على العين التى تعلق بها الارتفاق كمجرى الشرب ، فإن الوقف يجوز

بمقتضى القواعد الفقهية على أساس أن ذلك عقار يجوز وقفه ما دام معيناً محدود المعالم .

وهنا يجيء النظر فيما إذا كان ذلك الحق لا يتعلق بعقار ، بل يتعلق بمنقول ، فهل يجوز وقف المنقول الذى تعلق به الحق ، ولنضرب لذلك الأمثلة الثلاثة الآتية :

١ — حق الجدك : وهو ما يقوم به مستأجرو الحوانيت فى حوانيتهم من اصلاحات بزيادة أعيان قائمة فيها على وجه القرار ، وإن لم تكن متصلة بالأرض ، مثل ما يركب فى العقارات من أبواب من الصاج ، ورفوف ، ومثل ما يضعه الصيدلى ، وأصحاب المقاهى والعطارين وغيرهم فى حوانيتهم ، ويصح أن يعد من الجدك أيضاً ما يجريه مستأجرو الحوانيت من توصيل المياه إلى الحوانيت ، ومد أنابيبها فيها ، وتوصيل تيار الكهربائى إليها بوضع أسلاكه وعداده ، فإن هذه توجد فى الأوقاف حقوقاً لواضعها ، وهى أولويته فى الإجارة ما دام يدفع المثل ، فهل يوقف هذا الحق أو ما يتعلق به .

٢ — البناء والغراس : ومن المقررات أن مستأجر الوقف له أن يغرس فيه ويبنى إذا أذن له ناظر الوقف ، فإذا بنى أو غرس كان الأولى بالإجارة ما دام يدفع أجرة المثل ، فهل يوقف ذلك الحق ، أو يوقف ذلك البناء .

٣ — مشد المسكة : وهو حق البقاء والقرار فى أرض الوقف إذا كانت غير صالحة للزراعة فأصلحها ، ولقد جاء فى رسائل ابن عابدين : « قد يثبت حق القرار بغير البناء والغراس ، بأن تكون الأرض معطلة ، فيستأجرها ليصلحها للزراعة ويحرثها ويكبسها ، وهو المسمى بمشد المسكة ، فلا تنزع من يده ما دام يدفع ما عليها » على أن ذلك الحق يسقط بمضى ثلاث سنوات يهملها فيها بعد إصلاحها . وقد قال ابن عابدين فى ذلك : « لا ترفع أيديهم عنها بغير وجه ، إذ المقصود منها متوافر ، ومن فرغ لمزارع صالح ، فقد أتى

بصالح ، ولم يعمل عملا غير صالح فيصح ولا اعتراض عليه ، فلا ترفع أيدى المزارعين عنها بغير حجة . . حيث قاموا بزراعتها ، وأدوا ما عليها ، ولا جناح على من تركها سنة أو سنتين ، لتغل الغلة المرغوب فيها ، فلا يقابل بالمنع والدفع لغيره ما لم يكن خائناً أو عاجزاً ، أو تاركا لها ثلاث سنوات متتاليات » فهل يوقف ذلك الحق ، أو يوقف ما كان سبباً فيه .

١١٤ — فهذه الحقوق لايجوز وقفها بوصف كونها حقوقاً ، ولكن بمقتضى أنها متعلقة بمنقولات فإنه يجوز وقف هذه المنقولات ، فيجوز وقف البناء والغراس عند أحمد ومالك ، واعتبارهما من المنقول هو مذهب أبى حنيفة ، أما مذهب مالك وغيره فهى عقار فيه .

وكذلك يجوز وقف أدوات الجدك باعتبار أنها منقول ، والمنقول يجوز وقفه عند أحمد ومالك .

وبالنسبة لمشد المسكة فنقول إذا كان الإصلاح بوضع روافع ثابتة للمياه ، فإنه يجوز وقف هذه الروافع الثابتة .

وإذا تم وقف المنقول ، فإن الحقوق التى ثبتت بسبب هذه المنقولات تثبت للوقف .

وإن هذا كله يثبت بمقتضى القواعد الفقهية المقررة ، فإن هذه المنقولات يجوز بيعها ، ويجرى فيها الميراث ، ومن تئول إليه ملكيتها ، فإنه يئول ما ثبت بسببها من حقوق ، وإن كل ما يجرى فيه البيع يجرى فيه الوقف ، فيجرى فيها الوقف بمقتضى هذه القواعد .

١١٥ — وفى مذهب مالك أمر يتعلق بالبيع لم نعثر عليه فى المذاهب الأخرى ، وهو بيع الهواء ، فإنه من المقرر أنه يجوز بيع هواء أرض ، أو بيع هواء مرتفع فوق البناء ، فقد جاء فى الشرح الكبير ما نصه :

« وأما بيع هواء فوق أرض ، كأن يقول إنسان لصاحب أرض بعنى عشرة

أذرع من الفراغ الذى فوق أرضك أبنى فيه بيتاً ، فيجوز ولا يتوقف الجواز على وصف البناء ، إذ الأرض لا تتأثر بذلك » .

وإذا كان الهواء يجوز بيعه فهل يجوز وقفه فى مذهب مالك رضى الله عنه ، الظاهر أنه يجوز ، وتكون منافع البناء مقسومة بين مالك الأرض ، والجهة الموقوفة عليها الأرض ، والوقف الذى يتبعه البناء ، وإذا كان فى الموضوع نظر فهو من جهة القبض ، فإذا أمكن تمام القبض فى هذا فإن الوقف يجوز ، والله سبحانه وتعالى أعلم . وكذلك الأمر فى وقف المنقولات التى أعطت حق الأولوية فى الإجارة .

الواقف

١١٦ — الوقف من التبرعات ، ولذلك اشترط فى الواقف أن يكون من أهل التبرعات بأن يكون بالغاً عاقلا حراً غير محجور عليه لسفه أو غفلة ، على نظر فى ذلك بالنسبة للسفيه وذى الغفلة .

وقف الرقيق :

وقد اشترط الحرية ، لأن العبد لا يملك ، إذ العبد وما ملكت يداه لسيده ، وإذا كان العبد مأذوناً له فى التجارة فإن الإذن لا يتناول إلا ما يكون من شأن التجارة ، ولذلك لا يتناول التبرعات ، فوقف العبد على هذا يكون غير مأذون فيه

وقد خالف فى هذا الظاهرية فقرروا أن العبد يملك ما يئول إليه بميراث أو تبرع ، وإذا كان العبد يملك فبمقتضى ذلك تجوز له التصرفات التى تصدر عن المالك ، وعلى ذلك يجوز منه الوقف ، ولو كان تبرعاً محضاً .

وقد اتفق الفقهاء على أن وقف العبد يجوز إذا كان بإذن مولاه ، لأنه يكون نائباً عنه ، وتجوز نيابة العبد ، ولو لم يكن مأذوناً له بالتجارة ، وإذا كان مأذوناً له بالتجارة يجوز الوقف أيضاً بإذن مولاه لمعنى النيابة ، إذا كانت تجارته غير مستغرقة بالدين ، فإن كانت مستغرقه بالدين ، فإنه لا بد من إذن الدائنين ، وقد جاء فى فتح المعين على منلا سكين : « إنه لم يظهر وجه للقول بعدم صحة وقف الرقيق ، إذا أذنه سيده والغرماء ، والظاهر الصحة فى الوقف ، لأنهما إذا أذناه بالوقف فقد أبطلا حقهما فى الموقوف ، وذلك أمره إليهما » .

وفى الحق إن إذن السيد إنابة ، والوقف بالتوكيل جائز ، وأما إذن الغرماء فهو إسقاط لحقهم فى حبس العين لأجل استيفاء الدين ، وحق حبس العين كحق الرهن يقبل الإسقاط ، وإذا سقط يبقى الأمر بالنسبة للعبد من حيث إنه لا يجوز التبرع منه إلا بإذن سيده .

وقف المجنون والمعتوه :

١١٧ — الجنون مرض يستر العقل ويمنعه من الإدراك السليم ، والعته مرض يصيب العقل فيجعل الإدراك ناقصاً ، فهو نوع من الجنون ، وكأن الجنون درجتان درجة يمنع الإدراك فيها ، ودرجة ينقص فيها الإدراك ، وقد يسمى بعض الفقهاء حال الإفاقة للمجنون جنوناً مطبقاً - حال عته ، لأنه لا يكون الإدراك كاملا .

وقد يجعل بعض العلماء العته مقابلا للجنون ، فكلاهما يزيل العقل ويستره ، ولكن الجنون يصحبه هياج ، والعته لا يصحبه هياج . والجنون قسمان جنون مطبق ، وهو الذى يستمر شهراً فأكثر ، وجنون غير مطبق ، وهو الذى يستمر مدة دون الشهر .

وعلى اعتبار العته مقابلا للجنون وأن كليهما يزيل العقل أو يستره يكون المجنون والمعتوه كلاهما فاقد الأهلية إذ ليس له إدراك .

وعلى اعتبار العته مرتبة دون مرتبة الجنون ، من حيث إنه ينقص العقل ولا يزيله يكون المعتوه ناقص الأهلية .

والوقف لا يصدر عن المعتوه ولا المجنون ، لأن كليهما ليس من أهل التبرع ، والمجنون بالاتفاق ساقط العبارة ، إذ عبارته لغو لا يلتفت إليها ، ولا يؤدى بها معنى شرعى ، والمعتوه إذا اعتبرناه ناقص الأهلية وليس فاقدها لا يصح منه الوقف ، لأنه تبرع ، وناقص الأهلية ليس أهلا للتبرعات .

وقف الصبى :

١١٨ — والبلوغ شرط لإنشاء الوقف ، وعلى ذلك لا يصح وقف الصبى ، سواء أكان مميزاً أم كان غير مميز ، والصبي المميز هو الذى يعرف معنى العقود ، فيعرف معنى الهبة ، ومعنى البيع ومعنى الشراء ، وغير المميز هو الذى لا يعرف

معانى العقود ، وأدنى حد التمييز هو سبع سنين .

وقد روى فى بعض كتب الفقه أن وقف الصبى المميز يجوز بإذن القاضى ، فقد جاء فى الفتاوى الهندية أن وقف الصبى المميز يكون صحيحاً بإذن القاضى . وقد نسب ذلك القول إلى الفقيه أبى بكر الأصم ، ولكن المنقول فى ظاهر المذهب أن وقف الصبى باطل ، سواء أذن له القاضى أم لم يأذن ، وذلك هو الذى يتفق مع القواعد العامة ، ذلك لأن الصبى المميز ناقص الأهلية ، وناقص الأهلية لا يملك التبرع . ولا يجوز للولى أن يتبرع من ماله بإذن القاضى أو بغير إذنه ، والقاضى ذاته لا يملك التبرع فكيف يملك الإذن ، إذ أن فاقد الشىء لا يعطيه ، ومن لا يملك تصرفاً لا يملك الإذن به .

ويظهر أنه بمقتضى القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ يجوز أن يقف الولى المالى على الصغير بإذن من القاضى ، وذلك لأن المادة الخامسة من هذا القانون أجازت للولى المالى التبرع من مال الصغير ، فقد جاء فيها ما نصه :

« لا يجوز التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى بإذن المحكمة » .

وإذا كان التبرع يقتضى وقفاً على أمر إنسانى عام ، كوقف غلات أسهم لبعض جهات النفع العام ، أو كوقف عقار أو منقول على مستشفى ، فإنه يجوز بإذن محكمة الأحوال الشخصية « الدوائر الحسبية » لأن ذلك لا يخرج عن أنه تبرع فى واجب إنسانى عام تنطبق عليه المادة الخامسة التى ذكرناها .

١١٩ — والصبا ينتهى على رأى جمهور الفقهاء بالبلوغ الطبيعى ، وهو بلوغ الصبى مبلغ الرجال من ناحية الحياة التناسلية ، وبلوغ الأنثى مبلغ النساء من هذه الناحية ، وهذا تطبيق لقوله تعالى : « وابتلوا اليتامى ، حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم » .

وإذا لم تظهر هذه الأمارات فإن البلوغ عند جمهور الفقهاء يكون ببلوغ خمسة عشر عاماً ، وهو رأى الصاحبين فى المذهب الحنفى ، وعند أبى حنيفة

رضى الله عنه يكون بلوغ الصبي ببلوغه ثمانية عشر عاماً ، وبلوغ الصبية ببلوغها سبعة عشر عاماً .

ورأى الصاحبين هو المعمول به فى المذهب الحنفى .

ولكن جاءت القوانين الخاصة بالمجالس الحسبية من منذ سنة ١٩٢٥ إلى أن صدر القانون رقم ١١٩ على اعتبار بلوغ الرشد المالى يكون ببلوغ إحدى وعشرين سنة .

وعلى ذلك يكون عندنا تقديران : أحدهما — تقدير شرعى وهو ببلوغ خمسة عشر عاماً ، ويسميه القانونيون البلوغ الطبيعى ، وهو بلوغ التكليف الشرعى والتكليف القانونى ، فيعتبر الصبي مسئولا مسئولية جنائية من منذ بلوغه هذه السن .

والثانى — تقدير للرشد المالى ، ومعناه أن الصبي يتجاوز حد الصبا ببلوغ خمسة عشرة سنة .

وما السن التى يعتبر الصبي قد بلغ بالنسبة للوقف ؟ نقول إن المنطق يوجب أن نقول : إنه يتجاوز حد الصبا ببلوغ خمسة عشر عاماً ، ولكن لا ينال الرشد إلا ببلوغ الحادية والعشرين ، وهو حينئذ يعطى حكم السفيه فى الفترة ما بين الخامسة عشرة ، والحادية والعشرين ، ويسرى على وقفه حكم وقف السفيه الذى سنبينه ، وذلك لأن هذه الفترة هى لإيناس الرشد ، التى نص عليه فى قوله تعالى : « فإن آنستم منهم رشداً فادفعو إليهم أموالهم » .

وبهذا التخريج يكون وقفهم صحيحاً إذا أنشئوا صيغته وأذنت المحكمة به .

وقف السفيه وذى الغفلة :

١٢٠ — الأصل الفقهى أن السفيه وذا الغفلة إذا حجر عليهما يكون وقفهما باطلا إذ أن الوقف تبرع ، والتبرعات لا تصدر إلا عن رشيد وليس عندهما

هذا الرشد بعد الحجر عليهما ، وقد صرح الخصاف فى كتابه أحكام الأوقاف ببطلان الوقف من السفيه ، ومثله ذو الغفلة ، ووجه قوله ظاهر ، ولكن فقهاء الحنفية وغيرهم قد صرحوا بأن وصية السفيه تجوز فى الثلث إذا كانت كوصية الرشداء العاقلين ، لأن الغرض من الحجر عليه المحافظة على ماله ، ولا ضرر على نفسه فى هذا الشكل من الوصية ، وفوق ذلك إن الوصية تدارك لما عساه يكون قد فاته من واجبات وتكليفات شرعية ، وهو مكلف كل التكليفات الشرعية ، فوجب أن يُمَكن من تدارك ما فاته بالوصية فى دائرة الثلث ، وهو القدر الذى حده الشارع للوصايا النافذة من غير حاجة إلى إجازة الورثة ، وقد نص على إجازة الوصية من السفيه الإمام محمد .

وقد جاء المتأخرون من الفقهاء فقاسوا الوقف إذا كان على النفس ، ثم من بعده على من يشاء من جهات البر أو الورثة ، وذلك لأن هذا النوع من الوقف تتحقق فيه مصلحته ، وهو المحافظة على ماله لشخصه ، بل هو تأكيد وتثبيت للمال . وقد قال كمال الدين بن الهمام فى ذلك : « ينبغى أنه إذا وقف المحجور عليه لسفه على نفسه ، ثم على جهة لا تنقطع أن يصح على قول أبى يوسف القائل بصحة الوقف على النفس ، وهو الصحيح عند المحققين وعند الكل إذا حكم به حاكم ، وذلك لأنه ممنوع من التبرع . والوقف على النفس لا يعتبر تبرعاً ، بل فيه حفظ للموقوف ، واستحقاق الغير له إنما هو بعد موته فلا يضر » .

وجاء فى النهر : « لو وقف بإذن القاضى على ولده صح عند البلخى خلافاً لأبى القاسم الصفار »[1] . ونرى من هذا أن النهر يشترط لصحة الوقف إذن القاضى ، وما فى فتح القدير لكمال الدين بن الهمام لا يشترط إذن القاضى .

وقد كان العمل فى المذهب الحنفى على أساس جواز الوقف على النفس ومن بعده على من يشاء ، ولكن جاء قانون المحاكم الحسبية والقانون المدنى

---

(١) حاشية ابن عابدين على البحر ص ٢٠٣ جـ ٥ .

العام فمنعا الوقف إلا بإذن المحكمة ، وهذا نص المادة — ١١٦ — من القانون المدنى الجديد :

« يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحاً متى أذنته المحكمة فى ذلك » .

وبذلك يتبين أن الوقف بكل صوره فى مصر لا يجوز إلا بإذن من محكمة الأحوال الشخصية ، ما دام الواقف سفيهاً أو ذا غفلة .

ولكن يلاحظ أنه لا موضع فى مصر وسوريا لتطبيق أقوال المتأخرين فى المذهب الحنفى . لأن أولئك المتأخرين يقيدون جواز الوقف من هذين بأن يكون على نفسه أولا ، ثم من بعد ذلك على من يشاء ، وهذا من الوقف الأهلى ابتداء . وقد ألغى الوقف الأهلى فى مصر والشام ، فأصبح كلام الفقهاء ليس ذا موضوع فى الجمهورية العربية المتحدة .

١٢١ — والسفيه عاقل ولكن تصرفاته المالية تجرى على غير مقتضى العقل والرشد ، فينفق ماله إسرافاً وبداراً فى غير مواضع الإنفاق ، وقد يحرم نفسه وأولادة من الحاجيات ، وينفق ببذخ فى كماليات ، أو ما لا يرضاه عقل أو دين ، فعيبه ليس فى عقله ، ولكن فى تقديره للأمور .

وذو الغفلة هو الشخص الذى ينفق فى مواضع الإنفاق ، ولكن لا يستطيع فهم المعاملات المالية ، بل يغبن فيها ، إما لانقطاعه عن الأسواق . وإما بالثقة فى غير من هو أهل للثقة ، ومنشأ ذلك نقص فى الإدراك فى مواضع البيع والشراء ، ولكن أيعد ذو الغفلة ناقص العقل ؟ إنه من المتفق عليه عند الفقهاء أن السفيه والمغفل كلاهما لا عيب فى عقله ، وإنما العيب فى التصرف والإرادة عند السفيه ، وفى إدراك مواضع الغبن ومواضع الكسب عند ذى الغفلة ، وقد يكون كلاهما ذا ذكاء شديد ولا عيب فيه فى غير المال ، فليست حال هذين كحال المريض بجنون أو عته ، لأن عقلهما سليم ، ولكن الاتجاه غير سليم ،

والإدراك فى البيع والشراء ونحوهما غير سليم ، ولذلك يكلفان كل التكليفات الشرعية ، وهما مؤاخذان قانوناً فى كل الأفعال الجنائية ، ولذلك لا نوافق بعض المحاكم التى اعتبرت عيب ذى الغفلة عيباً فى العقل ، وقررت أنه ناقص العقل ، وعلى مذهب هذه المحاكم لا يكون ثمة فرق بين العته والغفلة ، مع أن الفرق بينهما واضح فى الحقيقة وفى الشرع ، وإن إزالة الغفلة من ذى الغفلة ليست بالطب ، ولكن بالتوجيه والتنبيه ، وهذا أدل شىء على أن العيب ليس فى أصل العقل ، وإنما هو فى الاتجاه والإدراك .

١٢٢ — والكلام الذى ذكرناه بالنسبة للسفيه وذى الغفلة ، إنما هو فى المحجور عليهما بحكم القاضى ، أما قبل الحجر فإنه لا يسرى عليهما إلا ما يسرى على الرشداء ، لأنهما رشيدان بمقتضى البلوغ ، وتغيير الحال لا بد له من دليل ، وهو حكم القاضى بالحجر ، ولأن سبب الحجر أمر تقديرى فلا بد من حكم القاضى ليكون فاصلا بين التقديرات المختلفة ، وهذا رأى أبى يوسف ، ورأى محمد أن الحجر على السفيه وذى الغفلة لا يكون من وقت الحكم ، بل يكون من وقت قيام السبب ، لأن الأمور تسند إلى أسبابها ، وليس سبب الحجر هو حكم القاضى ، إنما السبب هو السفه والغفلة ، ولأن الحجر للسفه والغفلة لمعنى قائم بذات الشخص فأشبه العته والجنون ، والحجر للعته والجنون يكون من وقت وجودهما ، لا من وقت الحكم .

والعمل من قبل كان على مذهب أبى يوسف فى المذهب الحنفى ، وكانت المحاكم المصرية تسير على أساس أن الحجر يبتدىء من وقت طلب الحجر .

وقد جاء القانون المدنى الجديد ، فقرر أن الحجر لا يكون إلا من وقت قرار المحكمة بالحجر ، ولم يفرق بين الحجر للسفه أو الغفلة ، والحجر للجنون أو العته ، إلا إذا كان الجنون معروفاً شائعاً أمره بين الناس ، وهذا نص المواد ١١٣ ، ١١٤ ، ١١٥ .

(مادة ١١٣) المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عنهم وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة فى القانون .

(مادة ١١٤) ١ — يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر بعد تسجيل قرار الحجر .

٢ — أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها .

(مادة ١١٥) ١ — إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام .

٢ — أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا ، أو قابلا للإبطال ، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ .

وقف المدين :

١٢٣ — جمهور الفقهاء على أنه يجوز الحجر على المدين إذا كان مديناً بدين مستغرق لكل ماله ، وعلى أنه يجوز أن يبيع القاضى بعض أمواله سدادا لدينه ، ولو لم يحجر عليه ، ولو كانت أمواله غير مستغرقة بالدين ، وقد خالف فى ذلك أبو حنيفة على ما هو مقرر فى الفقه .

وقد اتفق الفقهاء الذى قرروا جواز الحجر على المدين عند استغراق ماله بالدين أنه لا يجوز له أن يقف شيئاً من الأموال التى حجر عليه فيها إلا بإذن من الغرماء ، وإذن الغرماء يعد إسقاطاً لحقهم فى حبس العين لاستيفاء الدين .

وإذا كان المدين غير محجور عليه وهو صحيح لم تتعلق الديون بأمواله برهن أو نحوه ، أيجوز وقفه أم لا ؟ عبارات الفقه الحنفى وغيره على أن وقفه صحيح ،

لأن الدين قد تعلق بالذمة ، ولم يتعلق بالعين ، فأمواله حرة تجرى عليها التصرفات الشرعية ، ومنها الوقف ، وقد جاء فى فتح القدير : « لو وقف المدين الصحيح ، وعليه ديون تحيط بماله ، فإن وقفه صحيح لازم لا ينقضه أرباب الديون ، إذا كان قبل الحجر بالاتفاق ، لأنه لم يتعلق حقهم بالعين فى حال صحته » .

ولكن ظهر رأى فى المذهب الحنفى يقول : إن الوقف إذا قصد به الإضرار بالدائنين يكون باطلا ، ففى الدر المختار فى معروضات المفتى أبى السعود العمادى ، أنه سئل عمن وقف على أولاده وهرب من الديون هل يصح وقفه ، فأجاب لا يصح ولا يلزم ، والقضاة ممنوعون من الحكم ويبطل الوقف بمقدار ما شغل الدين » .

وقد جاء فى ابن عابدين تعليقاً على هذا الكلام ما نصه :

« هذا مخالف لصريح المنقول ، كما قدمنا عن الذخيرة والفتح إلا أن يخصص بالمريض المدين ، وعبارة الفتاوى الاسماعيلية لا ينفذ القاضى هذا الوقف ، ويجبر الواقف على بيعه ووفاء دينه ، والقضاة ممنوعون من تنفيذه ، كما أفاد المولى أبو السعود »[1] .

وإن هذا الرأى الذى اختاره أبو السعود هو الرأى الراجح فى المذهب المالكى ، فالواقف إذا وقف إضرارا بالدائنين يكون لهم الحق فى إبطاله .

وهذا ما سار عليه القانون المدنى المصرى منذ كان فى مصر ذلك القانون ، ففى المادة ٥٣ من القانون القديم : « لا يجوز لأحد أن يقف ماله إضرارا بمداينيه ، وإن وقف كان الوقف باطلا » .

١٢٤ — ولقد جاء القانون الجديد ، فوضع قاعدة فى تصرفات المدين غير المعسر ، وقد ذكر ذلك فى المادتين ٢٣٧ ، ٢٣٨ ، وإليك ما فيهما خاصاً مما يمس موضوعنا :

---

(١) رد المختار جـ ٣ ص ٦١٢ . المطبعة الأميرية .

مادة ٢٣٧ — لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء ، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف فى حقه ، إذا كان التصرف قد نقص من حقوق المدين أو زاد فى التزاماته ، وترتب عليه إعسار المدين . أو الزيادة فى إعساره ، وذلك متى توافرت فيه الشروط المنصوص عليها فى المادة التالية .

مادة ٢٣٨ — إذا كان تصرف المدين بعوض اشترط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يكون منطوياً على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش ، ويكفى لاعتبار التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو يعلم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر .

أما إذا كان التصرف تبرعاً فإنه لا ينفذ فى حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً .

ويستفاد من هذا أن الدائن له أن يبطل التصرف تبرعاً أو غير تبرع بشرطين :

أولهما — أن يكون الدين مستحق الوفاء ، فإذا كان الدين مؤجلا ، ولم يحن وقت أدائه ، فإنه ليس له الاعتراض .

وثانيهما — أن يترتب على التصرف أن يعتبر المدين معسراً .

وهذان الشرطان يسوغان الاعتراض على التبرعات ، والمعارضات ، وهناك شرط ثالث يسوغ الاعتراض على المعاوضات المالية مع تحقق هذين الشرطين ، وذلك الشرط هو أن يكون التصرف منطوياً على غش وأن يكون من صدر له التصرف عالماً بهذا الغش ويكفى فى تحقق الغش والعلم به أن يعلم أن المدين معسر .

وإن هذه الشروط إنما هى لتحقق أن التصرف كان فيه إضرار بحقوق الدائنين ، فإنه لا ضرر عليهم فى الوقف إذا لم تتحقق تلك الشروط :

ويستمر حق إبطال التبرع ، أو الوقف لمدة ثلاث سنين ، فإذا مضت

ثلاث سنين من غير اعتراض على التصرف ، فإن حق الإبطال يسقط ، وقد نصت على ذلك المادة ـ ٣٤٣ ، وقد جاء فيها :

« تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف . وتسقط فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف المطعون فيه » .

هذا هو القانون بالنسبة للقواعد التى تسوغ للدائن إبطال التبرع ، ومنه الوقف .

وقف المرهون :

١٢٥ — العين المرهونة تعلق بها حق الدائن ، فله أن يبيعها لاستيفاء دينه ، فإذا وقف شخص العين المرهونة فى دين عليه ، فإنه يكون وقفاً لعين تعلق بها حق الغير ، ويكون الوقف غير نافذ فى حق المرتهن ، فإن أجاز الوقف نفذ فى حقه ، ويسقط حقه فى الرهن ، ويستمر الدين قائماً ، ولكن يكون ثابتاً فى ذمة الواقف ، وهو الدين . وإذا لم يجز لا يبطل الوقف ، بل يستمر قائماً ثابتاً نافذاً بالنسبة للواقف ، وبالنسبة لحقوق المستحقين ، ولكن لا يمنع ذلك من حقه فى البيع عند حلول الدين ، ووجوب بيع الرهن سداداً لهذا الدين ، وفى حال بيعه بالفعل يبطل الوقف .

ولكن قد جاء فى حاشية ابن عابدين على الدر المختار أنه إذا كان للواقف مال آخر أجبره القاضى على سداد الدين منه ، حفظاً للوقف ولزومه ، فلا يباع الوقف لسداد الدين إلا إذا لم يكن للواقف مال آخر يسدد منه الدين .

وخلاصة القول أن المرتهن له حق الإجازة ، وليس له حق الإبطال ، ولا يبطل الوقف إلا إذا بيعت الأعيان ، ولا تباع الأعيان إذا كان لدى المدين مال يسدد به الدين من غير العين الموقوفة ، وبذلك يحفظ حق الدائن ، وحق جهة البر التى وقف عليها .

وقف المريض مرض الموت :

١٢٦ — مرض الموت هو المرض الذى يتصل بالموت ، ولو لم يكن الموت بسببه ، ويشترط لتحقق أن المرض مرض الموت أن يغلب على الظن الهلاك منه ، وأن يكون من شأنه أن يميت ، وقد اختلف الفقهاء فى أماراته ، فبعض الفقهاء قال : إن من أماراته ألا يخرج من المنزل ، وبعضهم قال : إن من أماراته أن يصلى من قعود لا من قيام ، وبعضهم قال : إن من أماراته ألا يخرج من السرير إلا لحاجة تلزمه الخروج من السرير ، وهكذا يختلفون فى أماراته ، وإن اتفقوا على حقيقته ، وهو أن يكون من شأنه أن يهلك ، ويغلب على ظن المريض أن تكون فيه منيته ، ويتصرف فى ماله على هذا الأساس ، ولا يعتبر المرض مرض موت إذا استمر أكثر من سنة .

وقد قرر الظاهرية أنه لا فرق بين تصرف المريض مرض الموت وغيره ، فله أن يبيع ويشترى ويهب ، وفى الجملة كل ما للصحيح من تصرفات تكون للمريض مرض الموت ، وذلك لنفيهم للقياس ، ولأن منعه من التصرفات من قبيل سد الذرائع ، بأن يكون مقصده حرمان الدائنين من ديونهم ، أو الوارثين من ميراثهم فيرد عليه قصده .

وجمهور الفقهاء على أن المريض مرض الموت تتعلق بأمواله حقوق الدائنين ، وتتعلق بالثلثين حقوق الوارثين ؛ لأنه ورد أن النبى ﷺ قال : « إن الله تبارك وتعالى تصدق عليكم فى آخر أعماركم بثلث أموالكم فضعوه حيث شئتم » والثلث الذى يثبت له حق التصرف فيه هو الثلث الباقى من الديون .

وفى حال حياة المريض هو كامل الأهلية يتصرف فى ماله كما يشاء ، ولا يعترض على تصرفه فى حياته ، لأنه ما دام لم يمت لم يتحقق أن المرض مرض موت ، فإذا مات فى مرضه كان الاعتراض على تصرفاته ، ومن التسامح فى التعبير أن يقال إن تصرفاته موقوفة ما دام حياً ، فإنها نافذة ليس لأحد عليها

اعتراض إلا بعد وفاته ، فإنه يكون لمن مست حقوقهم الحق فى إبطال ما يمس حقوقهم الثابتة .

١٢٧ — هذه إشارات موجزة إلى تصرفات المريض مرض الموت ، وبعد ذلك نتجه إلى وقفه ، فنقول إنه إذا كان مديناً بدين يحيط بكل ماله ، فإن الدين يتعلق بكل أمواله من وقت حلول المرض به ، ويكون لهم بعد موته حق الاعتراض على كل التصرفات التى تمس ديونهم إلا ما يكون منها متعلقاً بالمحافظة على شخصه كثمن أدوية ونحوه ، وإلا ما يتعلق بالمنافع ، لأن حقهم فى رأس المال ، لا فى المنافع ، ولأن حقوقهم تكون رهناً شرعياً ، والرهن بكل صوره لا يمنع التصرف فى المنافع .

وحق الدائنين هو استيفاء ديونهم ، فإن لم يمكن استيفاء الديون إلا بنقض الوقف بيع الوقف ، واستوفوا ديونهم ، ولا يباع الوقف إذا ظهر له مال يسدد ديونهم ، وبقى ما لا يزيد الوقف على ثلثه ، وفى هذه الحال لا يكون الدين محيطاً بالمال .

وإذا أجازوا الوقف كان ذلك إبراء لذمة المتوفى من الدين ، وعندئذ ينظر إلى حق الورثة فى أن يسلم لهم ثلثا الباقى ، لأن الدائنين لا يملكون إنشاء الوقف ، إذ أن الأعيان قبل بيعها تكون على ذمة المتوفى ، وإذا أسقطوا حقهم فى الاستيفاء برئت ذمة المتوفى ، فيبقى حق الورثة فى سلامة الثلثين .

وإذا كان الدين غير محيط بماله ووقف ماله كله ، فإن الدائنين يكون حقهم متعلقاً بجزء من الوقف يعادل دينهم ، والباقى يكون بين الورثة والموقوف عليهم ، يكون للورثة الثلثان ، ويكون الثلث وقفاً إلا إذا أجازوا الوقف ، فإنه ينفذ فى أكثر من الثلث ، وشأنه فى ذلك شأن الوصايا ، لأنه من المقررات الشرعية أن تبرعات المريض مرض الموت تأخذ حكم الوصايا .

وإذا لم تكن التركة مدينة بأى دين ، فإن الثلثين يَسْلَمَان للورثة إذا لم يجيزوا الوقف كله ، وما بقى يكون وقفاً .

وهذا متفق عليه بين الفقهاء الذين قيدوا تصرفات المريض مرض الموت .

١٢٨ — ولكن كيف يوزع غلات الوقف النافذ بين المستحقين؟ ونقول إذا كان الوقف على غير وارث كالوقف على جهة بر ، فإن الوقف النافذ تصرف غلاته إلى جهة الاستحقاق ، فإذا كان الوقف على جهة بر ، فإن الغلات تصرف عليها على حسب شرط الوقف النافذ شرعاً ، وكذلك إذا كان الموقوف عليه معيناً ، ولكنه غير وارث ، كمن يقف على إخوته وله أبناء يحجبونهم عن الميراث ، فإن النافذ من الوقف تصرف غلاته عليهم ، وإذا كان قد وقف لأولاد ابنه المتوفى أو غيره ، وله أبناء أحياء فإن الوقف ينفذ .

وإذا كان الوقف على بعض الورثة ولم يجز الورثة الآخرون فبمقتضى منطق الفقهاء الأربعة يكون الوقف نافذاً ، ولكن لا تصرف الغلات ما دام الموقوف عليه الوارث هو المستحق لها بمقتضى الوقف ، بل توزع الغلات توزيع الميراث ، فإذا وقف كل ما يملك على ولده محمد ؛ ومن بعده على أولاده ثم أولادهم ، وله ورثة آخرون كابنته وزوجته وأمه ، فإن الوقف يبطل فى الثلثين إذا لم يجز بقية الورثة ، ولم يجز الموقوف عليه ، وفى هذه الحال يكون الثلث وقفاً ، ولكن لا تصرف غلته لمحمد ما دام حياً ، بل توزع الغلة توزيع الميراث على الورثة الشرعيين وفيهم محمد ، فيكون للزوجة ثمنها ، ولأمه سدسها ، والباقى له مع البنت للذكر مثل حظ الأنثيين .

والأصل فى ذلك أن وقف المريض مرض الموت يأخذ حكم الوصية ، والوصية لوارث لا تجوز ، ولكن الوقف يتضمن استحقاق الوارث ومن يعقبه ، فما دام المستحق هو الوارث فإنه لا تصرف الغلات له ، وإذا انتقل الاستحقاق إلى غيره أصبح على غير وارث ، وقد حقق ابن نجيم فى البحر هذا الموضوع ، فقال :

« والحاصل أن المريض إذا وقف على بعض ورثته ثم من بعده على أولادهم .

ثم على الفقراء ، فإن أجاز الوارث الآخر كان الكل وقفاً ، واتبع الشرط ، وإلا كان الثلثان ملكا بين الورثة ، والثلث وقفاً مع أن الوصية للبعض لا تنفذ فى شيء ، لأنه لم يتمحض للوارث ، لأنه بعده لغيره ، فاعتبر الغير بالنظر إلى الثلث ، واعتبر الوارث بالنظر إلى غلة الثلث الذى صار وقفاً ، فلا يتبع الشرط ما دام الوارث حياً ، وإنما تقسم غلة هذا الثلث بين الورثة على فرائض الله تعالى ، فإذا انقرض الوارث الموقوف عليه اعتبر شرط الواقف فى غلة الثلث »(١) .

وإذا كان الموقوف عليه أكثر من واحد من الورثة ، ومات أحدهم يوزع نصيبه على حسب شرط الواقف . ويستمر توزيع أنصبة الآخرين على حسب الميراث الشرعى ، وإن مات أحد الورثة غير الموقوف عليهم ، فإن نصيبه بفرضه حياً يذهب إلى ورثته ، ويستمرون يأخذون ما دام أحد المستحقين من ورثة الواقف حياً ، وذلك لأن الوارث غير الموقوف عليه يستحق ما يستحق باعتباره وارثه ، والمال الموروث يئول إلى الورثة إذا مات صاحبه ، فيجرى على الغلة حكم المال الموروث من كل الوجوه .

١٢٩ — ولا يمنع الورثة من الاعتراض إذا وقف عليهم جميعاً ما دام الوقف فى مرض الموت ، فإذا وقف على كل أولاده وكان التوزيع بينهم على حسب الميراث الشرعى ، فإنهم إذا اعترضوا على الوقف بطل فى الثلثين ، ووزع الثلثان بينهم توزيع الميراث ، وكان الثلث وقفاً توزع غلاته بينهم توزيع الوقف ، وذلك لأن حقهم فى ملكية الرقبة ، وحقهم كمستحقين فى الغلة ، فإذا آثروا أن يملكوا بدل أن يستحقوا ، فلهم ذلك ، لتكون لهم حرية التصرف فيما يملكون .

وقد صرح فى البحر بهذا المعنى ، فقد جاء فيه نقلا عن الظهيرية :

(١) البحر جـ ٦ ص ٢١٠ طبع المطبعة العلمية .

« رجل وقف داراً له فى مرضه على ثلاث بنات له ، وليس له وارث غيرهن . قال الثلث من الدار وقف ، والثلثان ملك مطلق يصنعن بهما ما شئن ، قال الفقيه أبو الليث ، هذا إذا لم يجزن ، فإذا أجزن صار الكل وقفاً » .

١٣٠ — هذا ويجب التنبيه إلى ثلاثة أمور :

أولها — أن القانون المدنى المصرى اعتبر الوقف ككل تبرع صادر فى مرض الموت وصية ، وهذا نص المادة :

« كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ، ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أياً كانت هذه التسمية .

وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم ، وهو فى مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتج بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً .

وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك ، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة .

ثانيها — أن الوقف الأهلى أو الذرّى قد ألغى فى مصر والشام ، وعلى ذلك لا تتأتى صورة ما إذا كان الوقف على بعض الورثة واعترض الآخرون ، لأن هذه الصورة لا تفرض إلا إذا كان الوقف الأهلى جائزاً ، وقد يقول قائل إن الوقف فى مرض الموت يأخذ حكم الوصية ، والوصية لا يوجد إلى الآن قانون يمنع من صدورها ولو كانت فى مآلها فى معنى الوقف ، كالوصية بالمنافع لبعض أولاده ، فإنه يستحق منهم طبقتان ، وهى فى معنى الوقف .

ونقول فى الجواب عن ذلك :

أولا — أن الوصية التى تكون فى معنى الوقف فى جوازها موضع نظر ،

لأن المقصد من القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ إلغاء الوقف الأهلى بكل صوره ، وبمقتضى التنسيق القانونى تكون كل وصية فى معناه لها حكمه ، لأنه لا يصح أن يكون القانون قد أحل فى ناحية ما ألغاه فى ناحية أخرى ، والمؤدى فى الناحيتين واحد ، هذا ما يبدو لنا بادى الرأى والنظر ، وربما تعرضنا لدراسة هذا الجزء فى موضع آخر من قولنا .

ونقول ثانياً — إن تبرعات المريض ، وإن أخذت حكم الوصايا فى المآل تأخذ فى الإنشاء حكم التصرف الذى سميت باسمه ، فإذا صدر من المريض مرض الموت هبة تعتبر فى المآل وصية ، ولكنها تأخذ حكم الهبة فى الانعقاد فلا تتم إلا بالقبض ، فإذا مات المريض قبل أن يتم القبض فإن التصرف يكون ملغى ، كما صرح بذلك الفقهاء ، وكما صرح بذلك القانون ، فالبيع الصورى يأخذ فى الإنشاء حكم البيع ، وإن كان فى معناه هبة أو فى مآله وصية .

وعلى ذلك يأخذ الوقف فى مرض الموت حكم الوقف كاملا عند الإنشاء فلا يصح إلا بإشهاد ، وعند تحرير الإشهاد يمنع التحرير إذا كان وقفاً على بعض الورثة ، إذ يكون وقفاً أهلياً ، والقضاة ممنوعون من سماع الإشهاد به .

الأمر الثالث — الذى يجب أن يشار إليه هو أن الوصية لوارث أصبحت تجوز فى القانون المصرى منذ صدر القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ . وبذلك تصير الوصية لوارث والوقف على وارث فى مرض الموت أمراً جائزاً منذ صدور ذلك القانون ، وما كانت تطبق اقوال الفقهاء بالنسبة لوقف المريض على وارث من منذ صدور قانون الوصية إلى أن ألغى الوقف الأهلى بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .

الوصايا والوقف فى مرض الموت

١٣١ — إذا اجتمعت الوصايا للبر والوقف فى مرض الموت ، ولم يثبت رجوعه عن واحدة منها قسمت الوصايا بين الوقف والوصايا قسمة محاصة ، أى بالتناسب بينها ، فإذا كانت قيمة الوصايا ألفى جنيه ، والوقف قيمته ألف جنيه ، والثلث قيمته ثلاثة آلاف ، فيكون للوقف ثلث الثلث ألف ، وللوصايا الثلثان ، تقسم بينها بالتناسب ، وذلك لأن الوقف فى مرض الموت يأخذ حكم الوصية .

ومثل ذلك الهبات التى تكون قد تمت فى مرض الموت ، فإن الثلث إذا لم يسعها هى والوقف فى مرض الموت ، يكون الثلث بينها بالمحاصة .

هذا ويلاحظ أن هناك وصية تتقدم على كل الوصايا ، وعلى الوقف فى مرض الموت ، وهى الوصية بعتق العبد ، وعتقه فى مرض الموت ، فإن الثلث إذا ضاق عن قيمة العبد ، وعن الوصايا والأوقاف فى مرض الموت ، فإنه يقدم أولا عتق العبد ؛ ذلك لأن الشارع الإسلام يحرص دائماً على العتق ويرغب فيه ، ويعتبر العتق ولو مضافاً أو منجزاً يكون لازماً ، لا يصح الرجوع فيه ، بخلاف غيره من الوصايا .

ويلى الوصية بالعتق الوصية بالقربات وفى ضمنها الوقف إذا كان خيرياً فى ابتدائه .

والقربات فى ذاتها مراتب ، ففيها الفرائض كالوصية بإعطاء الزكاة ، وكالوصية بتنفيذ بعض الكفارات ، وكالوصية بأداء نذر كان قد نذره ولم يعرف به .

وقد قال الحنفية فى هذا إنه يقدم الفرض ، فتقدم الوصية بأداء الزكاة والكفارات ، ثم يليها الواجبات كالوصية بأداء نذر وجب عليه ، وبعد ذلك تكون النوافل ، ومنها الوقف الخيرى ، ويظهر من هذا السياق أنه يقدم الوقف الخيرى على الوقف الأهلى ، لأن ما يمحض للخير ابتداء ليس كما يئول للخير بعد زمن يطول أو يقصر .

وبهذا نقرر أن الوقف فى مرض الموت إذا تزاحم مع الوصا قدمت الوصايا بالعتق، ثم الوصايا بالقربات إذا كانت فرضا، ثم الواجب، ثم النفل، وفيها الوقف الخيرى، ثم الأهلى، وهـذا إذا كانت الوصايا كلها للقربات، وإذا جمع بين القربات والوصـية للعباد، فإنه يكون التزاحم بين القربات وما للعباد، وما يـكون للقربات يرتب ذلك الترتيب.

وهذا كله عند الحنفية، أما عند الأئمة الثلاثة، فإن الحـكم يختلف بالنسبة للفرائض، ذلك لأنهم يرون أن الفرائض المالية ديون الله تعالى، وهى مقدمة على الوصايا بكل أنواعها، وبذلك تقدم على الوقف فى مرض الموت، ككل دين، بل إن من الفقهاء فى المذاهب الثلاثة من يقدمها على الديون التى يستحقها العباد، لقول النبى ﷺ: «دين الله أحق بالوفاء».

وهذه تنفذ فى التركة، وإن لم ينص عليها، بيد أن الإمام مالـكا رضى الله عنه أوجب الإيصاء بتنفيذها لإعلام القائمين على تركته بها، إذ عساهم لا يعرفونها، وعساه يكون قد قام ببعضها، ولا سبيل إلى المعرفة إلا من طريقه، وإذا علم بها فإنها تنفذ من التركة كلها، كالشأن فى كل الديون. والوصايا والوقف فى مرض الموت تـكون بعد ذلك فى ثلث الباقى.

شروط الواقفين

١٣٢ – والواقف فى وقفه حر مختار ، فالوقف قربة اختيارية يضعها فيمن يشاء ، وبالطريقة التى يختارها ، وإن الوقف تبرع بالمنفعة ، فحقوق المستحقين فيه تتعلق بالمنفعة لا بالعين عند أكثر الفقهاء ، وإذا كانت تتعلق بالمنفعة لا بالعين ، فإن المنفعة قابلة للتقييد ، بالزمان والمكان ، وطرق الانتفاع ، ولذلك كان نظام المصارف فى الوقف،ونظام التوزيع تعينهما إرادة الواقف ، فيكون التقسيم وتعيين المصارف بمقتضاها ، وطرق الانتفاع على النحو الذى يختاره هو ، ويدونه عند إنشاء الوقف ، وكتاب الوقف الذى تحرر فيه إرادة الواقف تحريراً كاملا يعد دستور الوقف ، وما لا نص فيه تنفذ فيه الأحكام الشرعية الخاصة بالأوقاف ، فإذا لم ينص على مصرف فى مرتبة معينة كان الصرف على الفقراء على مقتضى المذهب الحنفى ، وعلى خلاف يسير مع غيره من المذاهب . وطرق تفسير كتب الأوقاف هى الطرق التى يسلكها الفقهاء فى تفسير النصوص الشرعية ، فيحمل المطلق على المقيد ، ويحمل العام على الخاص ، إذا كان ثمة مسوغ للحمل ، وينسخ المتآخر من الشروط المتقدم ، ولذلك شاع بين الفقهاء هذه الكلمه : شرط الواقف كنص الشارع ، أى يلتزم فى طريق تفسيره ما يلتزم فى طريق تفسير النصوص الشرعية .

ومع أن الواقف إرادته فى الوقف هى المحترمة هى مقيدة بأحكام الشارع ، فلا يصح أن يكون مصرف الوقف منهياً عنه ، أو يشترط شرطاً فيه مخالفة صريحة لأوامر الشارع ، كمن يقف على شخص ويشترط ألا يحرم من الاستحقاق ولو ارتد عن دين الله تعالى ، وكمن يقف على بيت من بيوت الدعارة ، إلى آخر ما هنالك .

وفى الجملة إن شروط الواقف التى يشترطها فى وقفه هى التى تنظم الوقف ، ما لم يرد نهى من الشارع عنها .

١٣٣ — وقد اختلف الفقهاء فى مدى الشروط التى تدخل فى منطقة الإباحة ، ومدى الشروط التى تدخل فى موضع النهى ، فالحنابلة بالنسبة للشروط فى العقود عامة لا فى الوقف خاصة قرروا أن كل شرط لم يرد نهى عنه فهو شرط صحيح يجب احترامه ، وكل شرط فيه نص على التحريم فهو محرم ، وما ليس كذلك فهو مباح .

وقال الظاهرية كل شرط ورد أمر الشارع بالالتزام به فهو واجب الوفاء ، وما لم يرد أمر الشارع بوجوب الوفاء به فهو باطل ، وذلك لقول النبى ﷺ : « ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله تعالى ، كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ، ولو كان مائة شرط .

والأئمة الثلاثة مالك وأبو حنيفة وأحمد توسطوا بين الحنابلة والظاهرية ، فقالوا إن كل شرط يكون لازماً إذا ورد به نص ، أو كان موافقاً لمقتضى العقد ، ويكون باطلا إذا كان غير موافق لمقتضى العقد ، ولم يرد به أثر ، ولم يجر به عرف ، وإن كان الشافعى خالف فى الجزء الأخير .

١٣٤ — ولقد قسم الشاطبى الشروط المقترنة بالعقود عامة تقسيما حسناً ، فقال :

الشروط مع مشروطاتها على ثلاثة أقسام :

أحدها — أن يكون الشرط مكملا لحكمة المشروط وعاضداً لها ، بحيث لا يكون فيه منافاة لها على حال ، كاشتراط الكفء والإمساك بمعروف والتسريح بإحسان فى النكاح ، واشتراط الرهن والحميل (أى الكفيل) والنقد أو النسيئة فى الثمن فى البيع ، فهذا القسم لا إشكال فى صحته شرعاً ، فإنه مكمل لحكمة كل سبب يقتضى حكما ، فإنه لما كان غير الكفء مظنة للنزاع ، لأنفة أحد الزوجين أو عصبته ، وكانت الكفاءة أقرب إلى التحام أحد الزوجين والعصبة ، وأولى بمحاسن العادات — كان اشتراطها ملائماً لمقصود النكاح ، وهكذا الإمساك بمعروف ، وسائر تلك الشروط المذكورة تجرى على هذا الوجه ، فثبوتها شرعاً واضح . .

والثانى – أن يكون الشرط غير ملائم للمقصود شرعاً من المشروط . ولا مكمل لحكمته ، بل هو على الضد من الأول ، كما إذا اشترط فى النكاح ألا ينفق عليها ، أو شرط فى البيع ألا ينتفع بالمبيع ، أو إن انتفع فعلى بعض الوجوه دون بعض ، أو شرط الصانع على المستصنع ألا يضمن المستأجَرَ عليه وإن تلف ، وهذا القسم لا إشكال فى إبطاله ، لأنه منافى لحكمة السبب . فلا يصح أن يجتمع معه ، فإن اشتراط الناكح ألا ينفق ينافى استجلاب المودة المطلوبة ، وهكذا سائر الشروط . . .

والثالث – ألا يظهر فى الشرط منافاة لشروطه ولا ملاءمة ، وهذا محل نظر ، هل يلحق بالأول من جهة عدم المنافاة ، أم بالثانى من جهة عدم الملاءمة ظاهراً . . . والقاعدة المعتبرة فى أمثال هذا هى التفرقة بين العبادات والمعاملات فما كان من العبادات لا يكتفى فيه بعدم المنافاة ، دون أن تظهر الملاءمة ، لأن الأصل فيها هو التعبد دون الالتفات إلى المعانى ، والأصل فيها ألا يقدم عليها إلا بإذن ، إذ لا مجال للعقول فى اختراع التعبدات ، فكذلك ما يتعلق بها من الشروط ، وما كان من العادات يكتفى فيه بعدم المنافاة ، لأن الأصل فيها هو الالتفات إلى المعانى دون التعبد ، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه »(١) .

١٣٥ – هذه قواعد عامة للشروط التى يشترطها العاقدون فى تصرفاتهم ، وتلك اختلافات فقهاء الأمصار فيها ما بين مُطلِق ومقيِّد ، وما سقناها فى هذا البحث ألا لنشير إلى الشروط التى تقرها الشريعة والتى لا تقرها ، وقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن كل شرط ينهى عنه يكون باطلا ، وإن اختلفوا من بعد فى مدى النهى .

---

(١) الموافقات الجزء الأول طبع الدمشقى أخذ بتصرف من الصفحات ١٩٦ ، ١٩٧ ، ١٩٨ .

وإنا نقف وقفة قصيرة عند التفرقة التى ذكرها الشاطبى بين ما هو من العبادات ، وما هو من المعاملات المالية ، فأجاز الاشتراط فى المعاملات ما لم تكن موضع نهى ، ومنع الاشتراط فى العبادات إلا بمقدار ما يكون ملائماً للعبادة .

وإنه فى ضوء هذه التفرقة كان الاختلاف فى شأن الشروط فى الوقف بين الفقهاء ، فمن الفقهاء من نظر إلى معنى العبادة فيه فلم يشترط إلا ما يكون قريباً من القربة أو مؤكداً لمعناها ، ومن الفقهاء وهم الحنفية والمالكية من طبق عليه شروط المعاملات .

١٣٦ — وإنه يلاحظ أن الحنابلة مع أنهم يطلقون الشروط فى عامة العقود إلا إذا كان قد ورد نص صريح بالنهى ، ويقرر ذلك ابن تيمية فى كتابه العقود ، ويقيم الأدلة الكثيرة ـ نجد بعضهم ومنهم ابن تيمية ذاته يمنع الإطلاق فى شروط الواقفين باعتبار أن الوقف فى أصل شرعته قربة ، فلا يحترم منه إلا ما يكون متفقاً مع معنى القربة ، ولذلك جاء فى فتاويه فيما يتعلق بشروط الواقفين ما نصه :

« الأعمال المشروطة فى الوقف تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

أحدها — عمل يتقرب به إلى الله تعالى ، وهو الواجبات والمستحبات التى رغب فيها رسول الله ﷺ ، وحضّ على تحصيلها ، فمثل هذا الشرط يجب الوفاء به ، ويجب استحقاق الوقف على جهة حصوله فى الجملة . . .

والثانى — عمل نهى النبى ﷺ نهى تحريم أو نهى تنزيه ، فاشتراط مثل هذا العمل باطل باتفاق العلماء ، لما قد استفاض عن النبى ﷺ أنه خطب على منبره ، فقال : « ما بال أقواماً يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله ، كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط ، كتاب الله أحق ، وشرط الله أوثق .

والقسم الثالث — عمل ليس بمكروه فى الشرع ، ولا مستحب ، بل هو مباح

مستوى الطرفين ، فهذا قال بعض العلماء بوجوب الوفاء به ، وجمهور العلماء من أصحاب المذاهب المشهورة وغيرهم على أن شرطه باطل ، فلا يصح عندهم إلا ما كان قربة لله إلى الله تعالى ، وذلك لأن الإنسان ليس له أن يبذل ماله إلا لما فيه منفعة فى الدين والدنيا ، فما دام الإنسان حياً فله أن يبذل ماله فى تحصيل الأغراض المباحة ، لأنه ينتفع بذلك ، فأما الميت فما بقى بعد الموت ينتفع به من أعمال الأحياء إلا عمل صالح قد أمر به أو أعان عليه ، أو هدى إليه ، ونحو ذلك ، فإن الأعمال التى ليست طاعة لله ورسوله لا ينتفع بها الميت بحال فإذا اشترط الموصى أو الواقف عملا أو صفة لا ثواب فيها كان السعى فى تحصيلها سعياً فيما لا ينتفع به فى دنياه ، ولا فى آخرته ، ومثل هذا لا يجوز ، وهذا لأن مقصوده فى الوقف التقرب » .

ونجد هنا أن ابن تيمية يتجه إلى معنى القربة فى الوقف ، فيبطل كل الشروط التى لا تكون فيها قربة مقصودة ، ويبنى ذلك على أمرين :

أحدهما — أن الوقف ينفذ بعد الوفاة فى أكثر مقاصده ، وإذا كانت الأشياء والأعمال مباحة للشخص ينتفع بها فى الحياة ، فإنه بعد الوفاة لا نفع له إلا فيما يكون قربة مقصودة مطلوبة من الشرع ، إما على جهة الندب ، وإما على جهة الاستحباب ، وأما ما يكون مباحا ، فإنه وإن كانت له فائدة فى حياته فلا فائدة منه بعد وفاته .

الأمر الثانى — أنه اعتبر فى الوقف والوصايا جهة القربة فما لا قربة فيه لا يجب الوفاء به ، وبذلك التقى مع الشاطبى فى أن العبادات يجب ألا يلتفت فيها إلا إلى ما يكون ملائماً لها من الشروط .

وهنا نلاحظ أنه قال « إن ذلك هو ماقرره جمهور الفقهاء المشهورين وغيرهم » وإنى أرى أن الجمهور على غير ذلك الرأى كما تدل عبارات الكتب الفقهية للمذاهب ، فقد أجمع المتقدمون والمتأخرون فيها على جواز الشروط

التى تكون فى دائرة الإباحة ، ولم يرد فيها نهى صريح .

١٣٧ — وإنا وإن كنا نرى أن الوقف فى أصل شرعته قربة يتقرب بها إلى الله سبحانه وتعالى ، كما دلت على ذلك الأحاديث المثبتة لأصله ، لا نريد أن نقيده بشروط العبادات ، بل ننزل به إلى التقيد بشروط المعاملات ، ولو قيدناه بها لقيدناه بمنهاج مستقيم ، بشرط أن يكون ثمة منفعة مباحة مجلوبة للمستحقين من بعده ، ولم يكن فيه ما ينافى مقاصد الشارع ، ولا اتجاه إلى إثم أو يؤدى تنفيذ الشرط إلى إثم ، ولو فى المآل لا فى الحال ، ولو تقيدت شروط الواقفين بذلك لضمنا أن يسلكوا طريقاً لا اعوجاج فيه ، فلا ينفذ من شروط الواقفين ما فيه إثم أو يؤدى إليه أو يتجانف له ، أو يقوم دليل على أنه مناف لمقاصد الإسلام ، كاشتراط عدم الزواج للاستحقاق .

وإن هذا النظر هو رأى ابن القيم ، ولذلك قال :

« الإثم مرفوع عمن بطل من شروط الواقفين ما لم يكن إصلاحاً ، وما كان فيه حيف أو إثم ، ولا يحل لأحد أن يجعل هذا الشرط الباطل المخالف لكتاب الله العزيز بمنزله نص الشارع ، ولم يقل هذا أحد من أئمة الإسلام ، بل قد قال إمام الأنبياء صلوات الله وسلامه عليه وآله : « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل . . . » إنما ينفذ من شروط الواقفين ما كان لله طاعة وللمكلف مصلحة ، وأما إن كان بضد ذلك فلا حرمة له ، كشرط التعزب والترهب المضاد للشريعة الإسلامية ، فإنه تعالى فتح للأمة باب النكاح بكل طريق ، وسد عنهم باب السفاح بكل طريق ، وهذا الشرط الباطل معاند لذلك ، فإنه يسد على من التزمه باب النكاح ، ويفتح له باب الفجور ، فإن لوازم البشرية تتقاضاها الطباع ، فإذا سد عنها مشروعها ، فتح له ممنوعها » .

وبهذا التمثيل يبين أن الشروط الباطلة هى كل ما يؤدى إلى محرم ، أو يتنافى مع مقاصد الشرع ، ولو كان فى ذاته غير محرم فى الجملة ، ويقسم الشروط بعد

ذلك أربعة أقسام ، وهو قريب من تقسيم شيخه ابن تيمية فى الجملة ، فيقول رضى الله عنه : « وبالجملة فشروط الواقفين أربعة : شروط محرمة فى الشرع ، وشروط مكروهة لله سبحانه وتعالى ، وشروط تتضمن ترك ما هو أحب إلى الله ورسوله ، وشروط تتضمن فعل ما هو أحب إلى الله ورسوله ، فالأقسام الثلاثة الأولى لا حرمة لها ولا اعتبار ، والقسم الرابع هو الشرط الواجب الاعتبار »(1) .

وبهذا التقرير من تلميذ ابن تيمية يتبين أنه يرى أن كل شرط يخالف أمراً مقرراً فى الشريعة ، أو أصلا من أصولها ، أو يخالف أمراً حبب الإسلام إليه ، ولو لم يوجبه ، لا يكون له اعتبار الشرط الشرعى .

وفى الحقيقة أن ابن القيم كشيخه ابن تيمية ، وكأكثر فقهاء المذهب الحنبلى ينظرون فى الأحكام إلى المآلات ، وهو ما يسمى فى الفقه الإسلامى بالذرائع ، فإن الحكم فيها يأخذ حكم المآل ، فإذا كان الفعل فى ذاته مباحاً ولكنه يؤدى إلى حرام ، يكون حراماً كبيع السلاح فى الفتن ، فإنه عند الحنابلة يكون باطلا ، لأنه يؤدى غالباً إلى أن يسهم حامل السلاح فى هذه الفتن القائمة ، وذلك حرام ، فما يؤدى إليه غالباً يكون حراماً .

١٣٨ — وبعد هذا التحرير الدقيق الذى جاء على أقلام هذين الإمامين نتجه إلى المقرر فى فقه المذاهب التى كانت مطبقة ، وما آل إليه ، ونبتدىء بمذهب الحنفية الذى لا يزال مطبقاً فى كثير من البلاد الإسلامية .

يقسم فقهاء الحنفية شروط الواقفين إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول — شروط مبطلة للوقف مانعة من انعقاده ، وهى الشروط التى تنافى اللزوم والتأبيد كأن يشترط الواقف عند إنشاء الوقف أن يكون له حق بيعه أو هبته أو أن يعود إلى ورثته بعد موته ، أو يصير ملكا لهم عند احتياجهم إليه ، وغير ذلك من الشروط التى تنافى اللزوم والتأبيد ، لأن الصيغة إذا اقترنت

---

(1) راجع إعلام الموقعين جـ ٣ ص ٨٤ ، ٩٥ .

بهذه الشروط تصير غير منشئة له ، إذ بطل مدلوله وسقط مفهومه ، ولم يثبت التزام على مذهبهم .

١٣٩ — القسم الثانى شروط باطلة — إذا اقترن بها الوقف صح وبطلت هى من غير أن تؤثر فيه ، وهذه هى الشروط التى يكون منهياً عنها ، أو مخالفة للمقررات الشرعية ، أو ليست فى مصلحة المستحقين ، كاشتراط نقود يعطيها المستحقون فى سبيل نيل استحقاقهم من الغلات ، فإن هذه الشروط تكون باطلة ويصح الوقف ، ولا يفسد بفسادها ، لأن الوقف تبرع ، والتبرعات لا تبطلها الشروط الفاسدة .

وقد ذكرت كتب الفروع فى الفقه الحنفى طائفة من الشروط لوحظت فى أوقاف السالفين ، وأثبتت الوقائع فى بعضها إضرارها للمستحقين ، وثبت فى بعضها عدم إقرار الشريعة له . ولذلك أفتى المفتون فيها بالإبطال ، وحكم القضاة بعدم الأخذ بها ، وحللوا نظار الأوقاف من الأخذ بها .

ومن ذلك ما جاء فى ابن عابدين والبحر وغيرهما من شروط حكم بمخالفتها وعدم الالتفات إليها ، ومنها ما يأتى :

(ا) إذا جعل الواقف النظر لشخص أو أشخاص واشترط ألا يعزلوا ولو خانوا ، فإن النظر يكون لهم ، ولكن إذا خانوا عزلهم القاضى ، لأن فى ذلك الشرط منافاة لمصلحة الوقف والمستحقين ، ولأن تمكين الخائن من الخيانة ببقائه فى الولاية ليس من مبادىء الشرع فى شىء .

(ب) وإذا شرط ألا يستبدل بعين الوقف غيرها ولو خربت وأصبحت غير صالحة ، وقد جاء هذا الشرط فى بعض أوقاف أمراء المماليك كالأشرف برسباى ، وكان كثيرون يسلكون ذلك المسلك الذى شاع فيه اتخاذ الاستبدال ذريعة لإبطال الأوقاف وبيعها .

ومهما يكن الدافع لذلك الاشتراط فالحكم أن الوقف يكون صحيحاً والشرط

يكون باطلا ، فللقاضى الاستبدال إذا وجدت ضرورة ملجئة إليه ، أو مصلحة تحمل عليه ، لأن فى ترك الاستبدال مع وجود الداعى ضرراً محققاً للوقف والمستحقين .

(ح) وإذا شرط ألا تؤجر أعيان الوقف لأكثر من سنة ، ولم يوجد من يستأجرها لهذه المدة القصيرة ، أو وجد ولكن بأجرة أقل ، فإن للقاضى أن يأذن بمخالفة شرط الواقف .

(د) وإذا شرط أن يتصدق بفاضل الغلة على من يسأل أمام المسجد الفلانى فإن للناظر أن يعطى من يسأل فى غير هذا المسجد ، بل يعطى من لا يسأل أصلا ، لأن كون السؤال سبباً فى الاستحقاق أمر لا يتفق أحياناً مع الحاجة ، فإن بعض من لا يسأل أشد حاجة ممن يسأل ، ولأن مقصد الواقف التصدق ، فيكون أولا وجوهه ماتتحقق فيه الحاجة أكثر .

(هـ) إذا اشترط للمستحقين لحماً أو خبزاً كل يوم كما كان يحدث فى أوقاف الأزهر بما يسمى الجراية ، فإن للقيم أن يعطيهم بدل اللحم أو الخبز أو نحوهما نقوداً . وقيل إن المستحقين لهم الخيار فى ذلك ، فإن اختاروا هذه التى عينها الواقف نفذ ما يرغبون ، وإن اختاروا النقود أخذوا النقود ، وفى القولين نجد أن الشرط الذى اشترطه الواقف لم يكن لازم النفاذ ، لأنه لا مصلحة فى تنفيذه ، بل فيه الضرر ، وفوق ذلك فإن الفقه الحنفى يسير على أن الصدقات المعينة التى يقدرها الشارع يجوز أن تدفع قيمتها من النقود ، فيصح أن تدفع قيمة الزكاة الواجبة ، فمن وجبت عليه فى الزكاة شاة أو ناقة أو بقرة يصح أن يدفع قيمتها ، وإذا سوغوا ذلك فى أوامر الشارع ، فأولى أن يسوغوه فى شروط الواقفين .

١٤٠ — القسم الثالث — شروط صحيحة يجب الأخذ بها ، وتجب رعايتها ، والعمل على تنفيذها ، وهى الشروط التى لا تنافى مقتضى الوقف ، وليس فيها مخالفة للمبادىء الشرعية ، ولا ضرر بالوقف والمستحقين ، كاشتراط الغلات لجهة معينة

واشترط أداء دين ورثته من الغلات إذا لزمتهم ديون ، واشتراط أن يكون لمتولى الوقف الزيادة والنقصان فى المرتبات ، واشتراط أن يكون الاستحقاق فى الغلات على مقدار الحاجة ، واشتراط الصرف لأقاربة الفقراء على جهة الأولوية فى الأوقاف الخيرية ، .. وهكذا فكل هـذه الشروط يجب الوفاء بها ، ويجب تنفيذها ، لأنها تنظيم للتوزيع من غير أن يكون فيه ضرر لأحـد ، ولا ضرر بالوقف ، ولا عصيان ، ولا مخالفة للمبادىء الشرعية المقررة .

١٤١ — هذه قواعـد الفقه الحنفى الذى كان معمولا به فى مصر فى كل الأوقاف وأحكامها قبل القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ، وقبل إلغاء الوقف الأهلى بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .

ونرى أنهم يقررون إبطال كل شرط يخالف الشرع ، ولـكنهم عند التطبيق خصوصاً فى كتب الفروع عند المتأخرين يوجبون تنفيـذ شروط لا تتفق مع مقاصد الشارع ، أو مع مصلحة المستحقين . وليس فى تنفيذها مصلحة راجحة للمستحقين أياً كان نوعها ، ومن ذلك مثلا اشتراط الواقفين السكنى بحيث لا يجوز للمستحق فى دار بشرط السـكنى أن ينتفع باستغلالها ، ولو اقتضت مصلحته أن ينتقل من البلد الذى فيه هذه الدار ، وينفذ هـذا الشرط عندهم ، ولو كان على غير مصلحة المستحق كما نرى .

ومن الشروط المنافية فى مؤداها للشرع أن يشترط الواقف لاستحقاق زوجته فى السكنى أو الغلة ألا تتزوج من بعده ، فإن هـذا الشرط يؤدى إلى الوقوع فى المنهى عنه شرعاً ، وفوق ذلك فإن الإسلام حث على الزواج ، واعتبره سنة فى حال الاعتدال ، فـكيف يكون الشرط المخالف للسـنة واجب النفاذ ، ومع ذلك أوجبوا تنفيذه ، مع أنه عضل داخل فى النهى فى قوله تعالى: « لاتعضلوهن أن ينـكحن أزواجهن » .

وقد قال ابن القيم فى هذا الشرط : « إذا شرط الواقف العزوبة وترك التأهل

لم يجب الوفاء بهذا الشرط ، ولا التزامه ، بل من التزمه رغبة عن السنة ، فليس من الله تعالى فى شىء ، فإن النكاح عند الحاجة إليه إما فرض يعصى تاركه ، وإما سنة الاشتغال بها أفضل من صيام النهار وقيام الليل ، وإما سنة يثاب فاعلها كما يثاب فاعل السنن والمندوبات ، وعلى كل تقدير لا يجوز اشتراط تعطيله أو تركه ، إذ يصير مضمون هـذا الشرط أنه لا يستحق الوقف إلا من عطل ما فرض الله تعالى عليه ، وخالف سنة رسول الله ﷺ ، ومن فعل ما فرضه الله عليه وقام بالسنة لم يحل له أن يتناول من هـذا الوقف شيئاً ، ولا يخفى ما فى التزام هذا الشرط من مضادة الله ورسوله »[١] .

ولا شك أن هذا الشرط تنطبق عليه هذه المعاندة لدين الله إذا كان الباعث عليه هو منع المرأة أو الرجل من التزوج ، أما إذا كان الغرض منه هو حماية غير المتزوجات من الضياع ، والرحمة بالأرامل ، فإن الشرط يكون له ما يبرره ، كمن يشترط فى وقفه حصة معينة للمطلقات اللائى لا عائل لهن ، والأرامل اللائى لم يترك لهن أزواجهن ما يقيم أودهن ، أو من لا بعل لها حتى يرزقها الله تعالى الكفء ، فإن هذا النوع من الشروط يتفق مع مقاصد الشريعة وغاياتها من معاونة الضعيف ، وهذا يغاير من يشترط لاستحقاق زوجته ألا تتزوج ، فإن ذلك تبعث عليه أنانية وغيرة بعد الوفاة ، ولا مصلحة فيه لأحد .

والشروط ليست مطلقة فى مذهب مالك إطلاقها فى مذهب أبى حنيفة . وقد قرر المالكية أنه إذا اشترط حرمان البنات من الاستحقاق فى الوقف أو تقييد استحقاقهن بعدم الزواج فإن ذلك الشرط يكون ممنوعاً . وقد اختلفوا فى الوقف مع اشتماله على هذا الشرط ، على خمسة أقوال :

أولها ــ أن الوقف يفسخ وإن حازه الوالى عليه والمستحقون .

والثانى ــ أن الوقف يفسخ ويعود ملكا حراً لمالكه إذا لم يكن قد حيز ،

---

(١) إعلام الموقعين جـ ٤ ص ١٥٧ .

فإن كان قد حيز لم يفسخ ، ولا يدخل البنات لتمام أركانه ، ولكنه يكون آثماً لأنه ارتكب محرماً .

الثالث — أنه يدخل فيه البنات ويلغى الشرط وإن حيز ، وذلك لأن الشرط محرم فلا يلتفت إليه ، وذلك لحق البنات الذى نهى عن حرمانهن منه .

الرابع — أنه إن كان لم يحز فإن البنات يدخلن ، ويلغى الشرط ، وإن حيز لا يدخلن ولا يلغى الشرط إلا إذا رضى الموقوف عليهم ، وذلك لأن الموقوف تعلق به حقان حق البنات ، وحق الموقوف عليهم إذ الحيازة جعلت لهم حقاً عينياً ، فلا يسلم حق البنات إلا برضا هؤلاء .

الخامس — أنه لا يفسخ ولا يدخل فيه البنات إلا برضاء الموقوف عليهم سواء أحازوا الوقف أم لم يحوزوه ، لأن الوقف أوجد للموقوف عليهم حقاً ، فلا يسلم حق البنات إلا برضاهم .

ويظهر أن الاعتماد فى ذلك على ما روى فى المدونة من أن عمر بن عبد العزيز هم بإبطال الأحباس التى فيها حرمان للبنات .

الشروط فى القانون :

١٤٢ — كانت الشكوى من تنفيذ الشروط التى لا تتفق مع مقاصد الشارع سبباً فى أن القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ قد حد من إرادة الواقفين بالنسبة للشروط ، فجاء فى المادة (٢٢) ما نصه :

مع عدم الإخلال بأحكام الفقرة الثانية من المادة (٢٧) يبطل شرط الواقف إذا قيد حرية المستحق فى الزواج أو الإقامة أو الاستدانة إلا إذا كانت لغير مصلحة ، ويبطل كذلك كل شرط لا يترتب على عدم مراعاته تفويت مصلحة للواقف أو الوقف أو المستحقين .

ولم يمنع القانون تنفيذ الشرط إذا كان من الزوجة لزوجها كأن اشترطت الشرط المقيد

للحرية فى الزواج بأن اشترطت لاستحقاقه ألا يتزوج عليها أو ألا يطلقها ، وذلك ما نصت عليه المادة (٢٧) التى قررت المادة السالفة عدم الإخلال بأحكامها ، وهذا نص المادة (٢٧): «للواقف أن يحرم صاحب الاستحقاق الواجب[١] من كل أو بعض ما يجب له وأن يشترط فى وقفه ما يقتضى ذلك متى كانت لديه أسباب قوية ترى محكمة التصرفات بعد تحقيقها أنها كافية لما ذكر ، وللزوجة أن تحرم زوجها من وقفها أو تشترط حرمانه منه إذا تزوج غيرها ، وهى فى عصمته أو إذا طلقها» .

وقد جاءت هذه المادة استثناء من أحكام الاستحقاق الذى أوجب على الواقف أن يحفظ لأبويه أو أحد الزوجين نصيبه فى ثلثى ماله استحقاقاً ، وكذلك الذرية الوارثة ، فاستثنى جواز الحرمان إذا كان ما يوجبه كما استثنى حال الزوجة إذا اشترطت فى استحقاق زوجها ألا يتزوج عليها وهى فى عصمته ، أو لا يطلقها ، وإن هذا الاستثناء إبقاء للحكم القديم الذى كان معمولا به قبل القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ، لأن هذه الشروط كانت لازمة واجبة الوفاء فى المذهب الحنفى ، ولذلك تطبق أحكام هذه المادة على الأوقاف الصادرة قبل العمل بهذا القانون باعتبار أن ذلك الشرط كان جائزاً معمولا به من غير حاجة إلى نص ، وتطبق على الأوقاف الصادرة بعد العمل بالقانون على أساس هذا الاستثناء من المنع العام (فى المادة ٢٢) ومن منع الحرمان من الاستحقاق الواجب (فى المادة ٢٤) .

١٤٣ — وبالنسبة لتقييد المستحق فى طرق الانتفاع بالعين الموقوفة من حيث التقييد بالسكنى ، فإن المنصوص عليه فى المذهب الحنفى أن من شرط له السكنى لا يجوز له الاستغلال ، ومن شرط له الاستغلال لا تجوز له السكنى ، وقيل يجوز له السكنى ، لأن من يعطى المنفعة لغيره يجوز بطريق الأولى أن ينتفع هو ،

---

(١) أصحاب الاستحقاق الواجب بهذا القانون هم أحد الزوجين والأبوان ، والورثة من الذرية .

وإذا كان قد سكت فلم يبين أله السكنى أم له الاستغلال كان الأمر فى ذلك على الخلاف الذى سبق فيمن شرط له الاستغلال ، وإذا أجاز له الأمرين بالنص كان له الأمران بالنص .

ولقد جاء القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ - وأجاز لمن شرط له الاستغلال السكنى ، ولمن شرط له السكنى الاستغلال ، وهذا نص المادة (٣١) : « يجوز استغلال الدار الموقوفة للسكنى ، وتجوز السكنى فى الدار الموقوفة للاستغلال ما لم تقرر المحكمة غير ذلك إذا رفع الأمر إليها » .

وهذا الجزء من القانون مأخوذ من مذهب الإمام أحمد بن حنبل .

وقد جاء فى المذكرة التفسيرية : « وجواز استغلال الموقوف للسكنى ، وسكنى الموقوف للاستغلال هو الأصل لكنه لا يجوز إذا لم يتفق مع المصلحة ، فإذا رفع الأمر إلى المحكمة أمرت بمنع ما يتنافى معها ، فإذا كانت الدار موقوفة للاستغلال وأراد الموقوف عليه أن يسكنها ، أو يتخذها مقراً لحرفة تضر ببنائها أو تشوه من جمالها منعته المحكمة من السكنى على هذا الوجه . كما أنه قد يراد استغلال دار وقفت لسكنى الطلبة والمرضى مع قيام الحاجة إلى ذلك ، فإن المحكمة لا تقر ذلك ، وتأمر ببقائها للسكنى » .

فى القانون اللبنانى :

١٤٤ — والقانون اللبنانى منع التقييد بالشروط التى لا مصلحة فيها كالقانون المصرى . وقد نص على ذلك فى المواد ١٢ ، ١٣ :

المادة ١٢ — إذا اقترن الوقف بشرط غير صحيح صح الوقف وبطل الشرط .

المادة ١٣ — يعتبر باطلا كل شرط يقيد حرية المستحقين فى زواجهم ، أو إقامتهم ، أو استدانتهم لغير مصلحة راجحة » .

والفرق فى هذا بين القانون المصرى والقانون اللبنانى أن القانون اللبنانى قيد

الاستدانة الممنوعة إذا لم تكن فى مصلحة راجحة . أما القانون المصرى فقد خلا من كلمة راجحه ، واكتفى بكلمة مصلحة وضربوا لذلك مثلا بأن كان ابنه يقترض من مراب بربا فاحش فإنه ينفذ شرط منع الاستدانة .

ومؤدى القانون المصرى أن المنع هو الأصل ، وعلى المستحق أن يثبت المصلحة فى الاستدانة ، والقانون اللبنانى يوجب إثبات أمرين أحدهما المصلحة وكونها راجحة على عـــدم الاستدانة ، فالقانون المصرى أكثر إباحة للاستدانة وتقييداً لشرط المنع من القانون اللبنانى ، إذا قيد إباحة الاستدانة أكثر من صاحبه .

ولم يتعرض القانون اللبنانى لطريقة الانتفاع بالعين الموقوفة بالاستعمال أو الاستغلال ، والظاهر أنه ترك ذلك لأحكام المذهب الحنفى الذى لا يزال المعمول به فيما لم يجىء نص فى القانون به .

الشروط العشرة

هذه شروط أجازها المذهب الحنفى ، وكثرت فى أوقاف المتأخرين ، وأفرد لها الموثقون هذا العنوان ، وهو الشرط العشرة ، وهى تذكر فى كتب الأوقاف بهذا العنوان ، وقد ذكروا عددها ، فكان عشرة ، كما تجىء فى كتب الأوقاف .

وهذه الشروط هى : (ا) الزيادة والنقصان . (ب) والإدخال والإخراج . (حـ) والإعطاء والحرمان . (ى) والإبدال والاستبدال . (هـ) والتغيير والتبديل .

ويلحق بها التفضيل والتخصيص ، وبعض المتأخرين يضعها فى العشرة بدل الإبدال والتبديل .

وهذه الشروط فى مجموعها عشرة على النحو الذى وضحناه ، ولكنها متداخلة فالإعطاء والحرمان يدخلان فى الإخراج والإدخال، ويدخلان فى الزيادة والنقصان،

والاستبدال يدخل فى الإبدال . وإذا ذكر بعض هذه الشروط دون الآخر فسر الشرط بعمومه ، وإذا اجتمعت خصص كل واحد منها فى دائرة محدودة . ولذلك قال بعض كبار فقهاء العصر وهو المرحوم الأستاذ الشيخ محمد بخيت المطيعى المفتى : إنها إذا أفردت جمعت ، وإذا جمعت أفردت . ولنتكلم فيها على أساس اجتماعها .

١٤٥ — (ا) الزيادة والنقصان : الزيادة أن يزيد فى أحد الأنصبة والنقصان أن ينقص من نصيب مستحق معين ، أو جهة معينة ، وليس للواقف أن يزيد فى نصيب جهة إلا إذا كان قد شرط لنفسه ذلك ، فإذا قال وقفت أرضى على أن تكون غلاتها موزعة بين جامعة القاهرة بحصة الثلث ، ولمستشفى الجمعية الخيرية الإسلامية بحصة النصف ، ولملجأ اليتامى بحصة السدس ، فليس له أن يزيد فى حصة الملجأ مثلا إلا إذا اشترط لنفسه ذلك ، وفى حال الزيادة لا بد أن ينقص من الحصص الأخرى ، ففى هذه الصورة الزيادة والنقص متلازمان ، وقد يكون غير متلازمين ، كأن يشترط مرتبات فى وقفه للجامعة ١٠٠٠ جنيه سنوياً ، وللملجأ ألف ، وللمستشفى ألف ، فيجوز أن يزيد من غير أن ينقص ، بأن تكون الزيادة من أصل غلة الوقف .

والزيادة والنقصان تتناول مقدار الاستحقاق لا أصله ، فلا يحرم واحد من كل الاستحقاق ، ولكن قد يزيد وقد ينقص إذا اشترطت الزيادة والنقصان ، فليس له أن يمنع مستحقاً من كل استحقاقه ، ولكن له أن ينقصه أو يزيده .

١٤٦ — (ب) الإدخال والإخراج : عرفوا الإدخال بأنه جعل من ليس مستحقاً فى الوقف من أهل الاستحقاق ، فإذا كان الوقف على جهة معينة كالملجأ ، فله أن يدخل معها المستشفى إذا كان قد شرط لنفسه الإدخال . والإخراج أن يجعل المستحق غير موقوف عليه بأن يخرجه من صفوف المستحقين ، فلا يكون من أهل الاستحقاق .

فلو وقف على جهة خير ، جعل وقفه من بعدها على الفقراء ، واشترط فى كتاب

الوقف أن له أن يخرج من يشاء ، وأن يدخل من يشاء ، كان له أن يخرج تلك الجهة ، ويدخل جهة أخرى بدلها ، وله أن يخرجها ، ويكون الوقف للفقراء فور إخراجها ، وله أن يدخل بعد ذلك إن شاء .

وإذا مات ولم يستعمل الشرط كما اشترط كان الاستحقاق فى الوقف على ما رسم ابتداء .

(ح) الإعطاء والحرمان :

١٤٧ — والإعطاء أن يؤثر بعض المستحقين بالعطاء مدة أو دائماً ، والحرمان أن يمنع الغلة عن بعض المستحقين مدة أو دائماً ، فإذا قال وقفت على مستشفى الجمعية الخيرية الإسلامية ، وملجأ اليتامى ، ومن بعدهما على الفقراء على أن تكون الغلة بينهما مناصفة ، وشرط لنفسه الإعطاء والحرمان ، فإن له أن يعطى الغلة لإحداهما مدة ، ويحرم الآخر مدة من الغلة هذه ، على أن تكون فى ضمن أهل هذا الوقف ، بحيث إذا وقف رجل وقفاً آخر ، وقال إن المستحقين هم أهل وقف فلان الذى أعطى وحرم فيه الواقف دخل المحرومون فى ضمن الوقف الثانى لأنهم مع حرمانهم ما زالوا من أهل الوقف ، وهذا هو الفرق بين شرط الإخراج ، والحرمان ، فإن الحرمان لا يمنع أن يكون الشخص من أهل الوقف ، والإخراج يقتضى الإخراج من صفوف المستحقين ، وقد فرعوا عدة فروع لشرط الإعطاء والحرمان وإليك أمثلة تتصل بهذه الفروع :

(أ) منها إذا وقف على فقراء الجامعة المصرية مثلا ، ومن بعدها على الفقراء عامة ، فإن له أن يعطى جامعة الإسكندرية من هذا الوقف إذا شرط لنفسه الإعطاء والحرمان .

(ب) ومنها إذا وقف على الفقراء واشترط لنفسه الإعطاء والحرمان ، فله أن يعطى أحد المستشفيات من هذا الوقف ، ثم له أن يحرمها إذا شاء ، على ألا يكرر ذلك إلا إذا اشترط لنفسه التكرار .

(ح) إذا قال أرضى صدقة موقوفة أبداً ولم يعين من يستحق ، واشترط لنفسه الإعطاء والحرمان ، فإن له أن يعطى من يشاء ما دام يدخل فى ضمن شروط الموقوف شرعاً أو قانوناً عند من لم يمنع الوقف الأهلى بقانون ، ومن بعد ذلك يكون للفقراء ، وله أن يحرم من أدخله فى الاستحقاق .

(ى) إذا وقف وقال أوضى صدقة موقوفة أبداً ، ولى أن أعطى من أشاء ، وأحرم من أشاء ، فأعطاها لأغنياء لا ينتهون . قال فى الإسعاف إن الوقف يبطل ، لأن ذلك يؤدى إلى أن يكون الوقف أبداً على الأغنياء ، وذلك لا يجوز عند الحنفية ، وإذا قيل إن ذلك لم يكن عند إنشاء الوقف ، بل كان بعده ، والوقف قد نشأ صحيحاً ، فكان الأولى أن يبطل ما صنع ، ويستمر الوقف ، ويصرف على مصرفه الأصلى وهو الفقراء ، فالجواب عن ذلك أنه ما دام قد اشترط ذلك الحق ، فإنه يكون إعطاؤه كالمذكور فى صلب الوقف ، وإذا ذكر ذلك فى صلب الوقف بطل[1] .

هذا ما ذكر فى الإسعاف، وإنى أرى أن الاعتراض وارد ، وذلك لأنه بمجرد صدور الوقف بوصف الصدقة فإنه يصرف إلى الفقراء ، ويكون الفقراء مصرفه بمقتضى الصيغة ، فإذا استعمل الشرط بما يخرج الصيغة عن معناها فإن ذلك لا يبطل الوقف ، ولكنه يبطل تصرفه ، ومثل ذلك ما إذا أعطى من يعد إعطاؤه معصية فى الإسلام ، فإن الوقف لا يبطل ، ولكن يبطل الإعطاء ولا يلتفت إليه ، لأن الأساس هو التصرف فيما هو مباح شرعاً على الأقل ، فالعطاء يكون على هذا الأساس ، ومخالفة شرط القربة هنا كمخالفة شرط القربة هناك ، فيبطل الشرط فى كليهما .

الإبدال والاستبدال :

١٤٨ — الإبدال إخراج العين الموقوفة عن جهة وقفها ببيعها ، والاستبدال

---

(١) الإسعاف فى أحكام الأوقاف ص ١٠٨ .

شراء عين أخرى تكون وقفاً بدلها ، وعلى هذا يكون الإبدال والاستبدال في الواقع متلازمين ، فالاستبدال لازم للإبدال ، لأنه إذا خرجت العين من الوقف بالبيع يجب أن يحل محلها أخرى .

وهذا إذا ذكر الشرطان معاً ، أي أنهما يفسران تفسيراً يجعل أحدهما مغايراً للآخر ، وإن كانا متلازمين ، وإذا ذكر أحدهما منفرداً فإنه يفسر بمعنى يجمعهما ، فلو ذكر الإبدال وحده يكون المعنى بيع العين الموقوفة ، وشراء أخرى لتحل محلها ، ويكون معنى الاستبدال ذلك أيضاً .

ولأن الاستبدال للعين الموقوفة له شروط وأحوال كان لا بد من إفراده ببيان سنجعل له باباً مخصوصاً قائماً بذاته ، نوضح فيه أحواله ، ونذكر شروطه الفقهية وشروطه القانونية .

التغيير والتبديل :

١٤٩ — إذا ذكر هذان الشرطان مع غيرهما من الشروط العشرة ، فإنه يضيق تفسيرهما ، وموضوعهما في هذه الحال هو التغيير في مصارف الوقف فيجعلها مرتبات بدل أن تكون حصصاً ، أو على بعض من الموقوف عليه بدل أن تكون عامة ، فإذا وقف على مستشفى على أن يشترى بالغلة أدوات جراحة يجوز باشتراط التغيير لنفسه أن يجعل الغلة لشراء أسرة ، وإذا كان الشرط أن ينفق على الترميم والبناء يجوز أن يجعل الغلة لشراء أدوية وهكذا ، وكل هذا تغيير في المصرف وطرق الصرف والتبديل معناه التبديل في العين الموقوفة ، فيجعلها عمارة للاستغلال بعد أن كانت للإسكان ، ويجعلها حديقة بعد أن كانت أرضاً زراعية ، ويجعلها مساكن وعمائر بدل أن تكون أرضاً زراعية . . .

وإذا ذكر هذان الشرطان منفردين ، فإنهما يعمان عموماً شاملا ، فيشملان الإدخال والإخراج ، والزيادة والنقصان ، والإعطاء والحرمان ، والإبدال

والاستبدال ، لأن كلمة التغيير تشمل كل تغيير فى المصرف ، وكلمة التبديل تشمل كل تبديل فى الأعيان .

وإذا ذكر هذان الشرطان مع الزيادة والنقصان مثلا شملا كل شىء ما عدا الزيادة والنقصان فى أنصبة المستحقين ، وإذا ذكرا مع الاستبدال شملا ماعداه .

وهكذا يتسع العموم لهذين الشرطين ويضيق بمقدار ما يذكر معهما من شروط ، فإن لم يذكر غيرهما شملا كل شىء يتعلق بالمصرف ، وإن ذكر البعض ضاق معناهما بمقدار ما يفسر به البعض المذكور .

وإذ ذكر التغيير وحده شمل التغيير فى المصارف والأعيان الموقوفة ، وإذا ذكر التبديل وحده ، شمل أيضاً التبديل فى كل الأعيان الموقوفة وفى المصارف أيضاً .

التفضيل والتخصيص :

هذان شرطان يذكرهما بعض الموثقين فى ضمن الشروط العشرة ، وبعض الموثقين يفردهما ولا يدخلهما فى الشروط العشرة ، والتفضيل أن يزيد فى نصيب بعض المستحقين ، ولا يزيد فى نصيب آخر ، فإذا وقف بين ثلاث جهات بالتسوية كالوقف على مستشفى وملجأ ، ومعهد دينى ، على أن توزع الغلات بينهما بالتسوية فإنه إذا اشترط لنفسه التفضيل إن أراد كان له أن يزيد فى نصيب الملجأ عن المستشفى والمعهد أو فى نصيب المعهد عنهما ، أو المستشفى عنهما وليس له بمقتضى هذا الشرط أن يمنع الاستحقاق عن الآخرين مؤقتاً أو مؤبداً ، لأن التفضيل يقتضى تعدد العطاء والتساوى فى قدر مشترك ، ثم تفضيل الآخر بزيادة .

والتفضيل على هذا يتلاقى مع شرط الزيادة ، ولا يمكن أن يغايره فى هذا القدر ، مهما يكن التفسير .

والتخصيص هو تمييز بعض المستحقين بشىء لا يعطيه لغيرهم ، ويدخل

فى هذا معنى التفضيل إذا لم يحرم الباقين واقتصر فى التخصيص على الزيادة ، ولكنه يشمل الحرمان بإفراد أحدهم بالغلة كلها ، فإذا اشترط التخصيص وكان قد وقف على جهات خيرية ثلاث بالتساوى ، فإن له أن يخص إحداها بزيادة ، وأن يخص إحداها بالغلة كلها .

وإذا اجتمع التخصيص مع التفضيل اقتصر فى معناه على التخصيص بالغلة كلها وبالتفضيل زيادة بعض الأنصبة ، سيراً على قاعدة العموم عند الانفراد والتضييق عند الاجتماع ، ولأن التأسيس أولى من التأكيد .

وبذلك يتلاقى التخصيص مع الإعطاء والحرمان ، وقد يجوز التخصيص مؤقتاً ودائماً .

ومن هذا كله يتبين أن التفضيل والتخصيص لا يأتيان بمعنى جديد على الشروط العشرة التى ذكرناها .

قواعد عامة لهذه الشروط :

١٥١ — هذه الشروط محكومة بقواعد مضبوطة ، يصح التعرض لبيانها :

القاعدة الأولى : أن هذه الشروط تتعلق بمصارف الوقف وبالأعيان الموقوفة ، ولا تتعلق بالولاية ، لأن الولاية تختص بأحكام تميزها عن غيرها ، لأن هذه الشروط تكون فى الوقف باشتراطها عند إنشائه ، فهى ملحقة به ، وتعد جزءاً منه ، فإن لم يشترطها لنفسه ولا لأحد فإنها لا تثبت مطلقاً ، بخلاف الولاية فإنها تثبت للواقف على المذهب الحنفى بمقتضى ما له من صلة بالعين الموقوفة ، وله أن يغير ويبدل فيها فى أى وقت شيئاً ، لأن كل وال إنما هو وكيله فى حال الحياة ، ووصيه من بعد الوفاة ، ولذا يشترط فيها ما يشترط فى الوصى .

القاعدة الثانية : أن هذه الشروط تثبت للواقف إذا اشترطها لنفسه ، فإذا لم يشترطها للناظر من بعده فليس له أن يعمل بأى شرط من هذه الشروط

إلا ما تقضيه مصلحة الوقف بإذن القاضى ، كشرط الاستبدال ، وكشرط تبديل الأعيان من أراض زراعية إلى مساكن أو حدائق ، أو نحو ذلك .

وإذا شرطها للناظر وحده ، فإنها تثبت له ضمنا ، لأن الناظر يستمد الولاية منه ، وهو وكيله أو وصيه ولا يمكن أن يثبت للوكيل ما لم يثبت للأصيل ، فاشتراطها للناظر يثبتها ضمناً للواقف .

وإذا اشترطها للناظر ما دام الواقف حياً ، فإنها لا يجوز له أن يستعملها بعد وفاة الواقف ، لأنها جعلت له مقيدة بحياة الواقف ، فيلزم بحكم هذا القيد ، ولأنها أعطيت له بوصف أنه وكيل ، لا بوصف أنه وصى ، ولأن تقيدها بحياته مؤداه أن يكون تحت رقابته عند تنفيذها ، ويفوت ذلك الغرض إذا استعملها بعد وفاته .

١٥٣ — القاعدة الثالثة : أن من شرطت له الشروط العشرة لا يفعلها إلا مرة واحدة إلا إذا اشترط التكرار ، ومعنى عدم التكرار اختلفت فيه المحاكم الشرعية السابقة ، ثم انتهت إلى أمر أجمعت عليه ، وموضع النظر هو أيعتبر الفعل بالنسبة للتكرار أم يعتبر الموقوف عليه بالنسبة للتكرار ، ولنضرب لذلك مثلا ، إذا اشترط لنفسه الزيادة والنقصان وقد وقف على ثلاث جهات من جهات البر ، وبالتساوى ، فزاد إحداها ، فهل معنى ذلك أنه لا يصح له أن يزيد بعد ذلك لأى جهة أخرى ، قالت بعض المحاكم إن ذلك لا يجوز ، لأن العبرة فى التكرار بالفعل ، وقد تحقق الشرط بالفعل مرة ، وإذا فعل مرة أخرى فقد كرر ، فلا يجوز له أن يزيد آخر وقالت الكثرة إنه إن زاد بعضها ، فله أن يزيد الأخريان وليس له أن يزيدها ، بل له أن ينقصها ، لأن العبرة فى التكرار بتكراره على كل موقوف عليه ، وعلى هذا استقرت المحاكم الشرعية الملغاة ، وذلك معقول فى ذاته ، لأن اشتراط الزيادة والنقصان له عموم فى موضوعه ، وهو المستحقون ، فإن معناه اللفظى أن له أن يزيد فى أنصبة المستحقين ، وله أن ينقص منها ، فيشمل عموم

الأنصبة ، ويكون التكرار الممنوع هو ما يتعلق بكل نصيب بمفرده .

وهذا كله إذا لم يشترط الواقف فى وقفه التكرار لنفسه أو لمن شرطت له الشروط العشرة ، فإن شرط التكرار لنفسه أو لمن شرطها له فإن له التكرار ، لأن العبرة فى هذا بالاشتراط ، وقد تحقق .

١٥٤ — القاعدة الرابعة : أن الشروط العشرة قابلة للإسقاط فى أرجح الأقوال فى المذهب الحنفى ، والأصل فى ذلك هو اعتبار هذه الشروط حقوقاً مجردة ، والحقوق المجردة تقبل الإسقاط ، فمن له دين على آخر فله أن يبرئه منه وإنه يجوز النزول ما دامت هذه الشروط شخصية ، وبعبارة أدق ما دام النزول عنها إسقاطاً وليس تمليكا ، هذا وجه للمسألة ، وهناك وجه آخر ، وهو أن المقررات الشرعية لمقتضيات التصرفات جعلها الشارع اسباباً مقررة مثبتة ، فهل يجوز لمن استحقها بمقتضى هذه الأسباب أن يسقطها ، أو أن يلتزم بالنزول عنها ، والمقرر فى الكتب الفقهية أن ما يثبته الشارع مقتضى لسبب شرعى لا يقبل السقوط ، ويعتبر إسقاطه لغواً لا يلتفت إليه ، فمن أسقطت حقها فى النفقة فى المستقبل لا يسقط ، ومن أسقط حقه فى الطلاق لا يسقط ، ومن أسقط حقه فى ملكية شىء اشتراه لا تسقط .

فهذه المسألة يتنازعها هذان الأمران :

أولها — كونها حقوقاً مجردة تقبل الإسقاط .

والثانى — كونها مقتضيات شرعية .

وقد رجح بعض الفقهاء كونها مقتضيات شرعية ، ولذلك قال ابن نجيم فى رسالته (الإسقاطات) « إن حق الاستحقاق فى الوقف لا يسقط بالإسقاط ، وإنه ينبغى أن يلحق بهذا الحق كل شىء تعلق بالوقف . . . ومن ذلك المشروط له النظر إذا أسقط حقه فيه لا يسقط ، ومنها من له وظيفة فى وقف كالإمام إذا أسقط حقه فى معلومه سنة مثلا لا يسقط ، وله أخذه إلا أن يكون الناظر قد استهلكه ، فيكون إبراء له . . . ومنها ما إذا شرط الواقف لنفسه الإدخال

والإخراج أو غيرهما أو شرطه لغيره ، ثم أسقط حقه فى ذلك الشرط ينبغى ألا يسقط فيعمل بذلك إلى أن يوجد نقل يخالفه » .

وأنه قال ما قال استنباطاً غير معتمد على نقل ، وبناه على أن المقتضيات الشرعية لا تقبل الإسقاط ، ولذلك قرر أنه يؤخذ بهذا إلى أن يثبت نقل يخالفه .

ويظهر أنه وُجِدَ النقل بعد ذلك أو ما يقاس عليه ، ولذلك رجح فى البحر أن هذه الشروط تسقط بالإسقاط ، فقد وجد فى جامع الفصولين مانصه : « لو قال وارث تركت حقى لا يبطل حقه . إذ الملك لا يبطل بالإبطال ، والحق يبطل به » وقد فرع ذلك بقوله : « لو قال من له الإدخال والإخراج بعد ما أدخل إنساناً أسقطت حقى فى إخراجه ، أو قال من له ذلك الحق من أول الأمر أسقطت حقى فيهما ، فإنه يسقط حقه ، وليس له إخراج من أدخله فى الصورة الأولى ، ولا فعل شىء منهما فى الصورة الثانية » .

وبذلك ينتهى القول إلى تطبيق القاعدة التى ذكرناها وهى أن الحقوق المجردة تقبل الإسقاط كحق الدين وحق المرتهن فى حبس العين المرهونة وحق من له خيار الشرط فى إسقاطه فى المدة المعلومة .

وإن ذلك الذى انتهى إليه هو المعقول المقبول ، ولذلك سارت عليه المحاكم الشرعية بعد أن تعارضت أحكامها زمناً .

ويجب أن يلاحظ أمران :

أحدهما — أن هذه الحقوق تسقط بالإقرار بأنها لم تشترط ، ولو كان منصوصاً عليه فى كتاب الوقف لاحتمال أنه رجع عنها شفوياً بعد ذكر الحق ، فإن من القواعد المقررة فى تفسير كتب الأوقاف أن المتأخر من العبارات ينسخ المتقدم ما دام ذلك كله فى مجلس الإنشاء ، والعبرة عند الفقهاء بما ينطق به الواقف ، لا بما يكتبه ، أو يسجله الموثق ، ولأن المقر مأخوذ بإقراره حتى يثبت بحكم قضائى تكذيبه فى الإقرار .

الأمر الثانى — أن النزول عن الحقوق المجردة فى نظير مال لا يجوز عند فقهاء الحنفية ، وكذلك إذا ثبت أن الإقرار فى نظير مال ، فإن المال فى هذه الحال يكون رشوة ، ولذلك لا يثبت المال ، وقيل يسقط الحق ، وقيل لا يسقط .

١٥٥ — القاعدة الخامسة : أن استعمال الشروط العشرة لا يفرق بين صحيح ومريض ، فلو كان الوقف أهلياً ، وكان على بنيه ، فأخرج بعضهم فى مرض موته ، أو أدخل غير وارث معهم ، أو أعطى بعضهم ، أو نقص من بعضهم ، فإن التغيير الذى أحدثه فى الوقف يمضى ولو لم يجيزوه ، وذلك لأن هذا تصرف فى الغلات ، وليس تصرفا فى الأعيان ، ولأن حق الورثة لم يتعلق بأعيان الوقف فى مرض موته ، كما تعلق حقهم بماله الحر الذى تركه ، ولأنه تولى ذلك بوصف أنه متولى الوقف ، لا بوصف أنه مالك لعين الوقف ، ولهذا كله كان التغيير بمقتضى شروط الواقف يصح من السليم ومن المريض مرض الموت من غير توقف على إجازة أحد بعد الوفاة .

الشروط العشرة فى القانون :

١٥٦ — جاء القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بمصر وأدخل تعديلا فى أحكام الشروط العشرة ، فجاء فى المادة (١٢) ما نصه : « للواقف أن يشترط لنفسه لا لغيره الشروط العشرة ، أو ما يشاء منها وتكرارها على ألا ينفذ ذلك إلا فى حدود القانون » .

وبهذا النص أبطل حق إعطاء الشروط العشرة لغير الواقف ، وطبق هذا على الأوقاف السابقة على القانون ، والأوقاف الصادرة بعد العمل به .

وعبارة على ألا ينفذ ذلك إلا فى حدود القانون فيها منع من اتخاذها لإبطال المقررات فيه ، ففيه مثلا أن أحد الزوجين ، والأبوين والورثة من الذرية لهم استحقاق واجب فى الوقف ، فليس له أن يخرج أحداً من هؤلاء ولا أن يزيد

ولا أن ينقص ولا يعطى ولا يحرم فيما يكون فى دائرة الثلثين من أمواله ، وكذلك الأوقاف اللازمة لا تدخلها الشروط العشرة .

ولعل الباعث على منع الشروط العشرة لغير الواقف هو أنها تغيير وتبديل فى صلب كتاب الوقف ، والمعقول أن يكون ذلك حقاً له هو باعتباره المنشئ للوقف المعين لمقاصده منه ، وليس لغيره أن يتحكم فى هذه المقاصد .

ولكن إذا جعل الواقف لغيره ذلك ما دام هو حياً صالحاً لأن يكون ناظراً على وقفه، فهل يكون هذا الشرط ممنوعا بحكم القانون ؟ الجواب عن ذلك إنه بمقتضى القواعد الفقهية المقررة بالنسبة للولاية أن الوالى على الوقف فى مدة حياة الواقف وكيل عنه ، فالمتصرف فى الحقيقة هو الناظر ، فإذا أخذنا بهذه القاعدة وخصوصاً إذا قيدناها بكون الواقف صالحاً للنظر ، فإن الاشتراط يكون معقولا وغير مخالف للقانون ، لأن ذلك اشتراط لنفسه ، لا لغيره ، ولكن يبدو أن ظاهر لفظ القانون يعارضه ، وقد يجاب عن ذلك بأن تفسير القوانين يكون بمقاصدها ، لا بمجرد ظواهر الألفاظ ، ولا سيما أن اللفظ بهذا التطبيق لا يغير ولا يبدل ، لأن الواقف يستطيع أن ينيب غيره بالوكالة فى تنفيذ ما يملك بهذا الشرط ، والوكيل ينفذ إرادة موكله ، فموكله هو المتصرف حقيقة وحكما .

١٥٧ — وقانون الوقف المذكور أجاز الرجوع فى الوقف غير اللازم ، واللازم هو وقف المسجد والوقف على المسجد ، وإذا كان الرجوع فى الوقف جائزا فبالأولى يجوز التغيير فى مصارفه ، وقد استدرك القانون ذلك ، فبين أن بعض الشروط العشرة تثبت للواقف من غير نص عليها ، وذلك ما جاء فى المادة الحادية عشرة ، وهذا نصها :

مادة ١ — للواقف أن يرجع فى وقفه كله أو بعضه ، كما يجوز له أن يغير فى مصارفه وشروطه ولو حرم نفسه من ذلك على ألا ينفذ ذلك إلا فى حدود القانون .

وبمقتضى هذه الفقرة من المادة الحادية عشرة يجوز الإدخال والإخراج والإعطاء والحرمان والزيادة والنقصان والتفضيل والتخصيص ، والتغيير فى المصارف بشكل عام ، ولو نص على أنه ليس له ذلك ، وإنما الذى لا يثبت إلا بالنص هو التغيير فى ذات الأعيان الموقوفة بالإبدال أو الاستبدال أو التبديل، فهذا الجزء من الشروط العشرة لا بد فيه من النص لكى يثبت للواقف .

ومن هذا يفهم أن هذا الجزء من الشروط التى تثبت للواقف بحكم القانون لا تقبل الإسقاط ، لأنها حكم قانونى ثبت مقتضى للوقف بهذا القانون ، فلا يقبل الإلغاء ، أو الإسقاط ، وقد صرح القانون بذلك ، إذ قال إن هذا يثبت له ، ولو حرم نفسه منه ، وهذا يخالف بعض ما كانت تجرى المحاكم من قبل إذ أنها كانت تنفذ الإسقاط إن أسقطها .

الشروط العشرة فى القانون اللبنانى :

١٥٨ — طبق قانون الوقف اللبنانى بالنسبة للشروط العشرة ما جاء فى الفقه الحنفى إلا ما يكون مخالفاً لبعض أحكام هذا القانون وقد نص على ذلك بالمادة ١٤ التى نصها : « للواقف اشتراط الشروط العشرة المعروفة شرعا لنفسه أو لغيره ضمن حدود هذا القانون » .

فمع أنه اقتبس أكثر أحكامه من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ المصرى ، قد خالفه فى هذا ، وأبقى هذا الحق للواقفين توسعة عليهم ، لأنه كلما اتسع الأمر أمام ذوى الأموال أكثروا من الوقف ، وكلما ضيق عليهم فى أحكامه أحجموا عن الوقف بمقدار هذا التضييق ، ولذا قلت الأوقاف فى مصر ، بل زالت بعد القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ وما جاء بعده مما يخص تنظيم النظر ، وقد أدرك واضعو القانون اللبنانى فى ذلك ، فوسعوا للواقف فيما لا ضرر فيه ، أو يكون فيه ضرر ، ولكنه أقل من ضرر التقييد المطلق المؤدى إلى الإحجام .

ويلاحظ أن الشروط الخاصة بالتغيير فى المصارف تثبت للواقف من غير نص

بالنسبة للوقف غير اللازم ، لأنه سوغ الرجوع فى الوقف الذرى (الأهلى) فجاز التغيير فى المصارف تبعاً لجواز الرجوع على ما وضحنا ، وقد جاء هذا فى المادة ٧ وهذا نصها : « للواقف أن يرجع فى وقفه الذرى كله أو بعضه ، كما يجوز له أن يغير فى مصارفه وشروطه على ألا يكون ذلك التغيير ماسا بأحكام هذا القانون » .

وعلى ذلك تكون شروط الإدخال والإخراج والإعطاء والحرمان والزيادة والنقصان ، والتفضيل والتخصيص ثابتة من غير حاجة إلى النص عليها ، لأنها تغيير فى المصارف .

ويلاحظ هنا أن القانون اللبنانى أجاز الرجوع فى الوقف الذرى فقط ، بخلاف القانون المصرى فقد أجاز الرجوع فى كل وقف ماعدا وقف المساجد وما وقف عليه ، وبذلك وسع القانون المصرى فى حق الرجوع للواقف ، بينما ضيق القانون اللبنانى .

الاستبدال

١٥٩ — قلنا عند الكلام فى الشروط العشرة ، إن شرط الاستبدال له أحكام وأحوال خاصة ، ولذا يجب أن يعقد له فصل قائم بذاته لأنه يتصل ببقاء الوقف ، لأن بقاء الوقف بقاء أعيانه ، والاستبدال طريق من طرق البقاء كما قرر فقهاء المذهب الحنفى ، إذ أن الوقف يبقى بالمنقول فى أبداله التى تستبدل به .

وقد اختلف الفقهاء فى جواز الاستبدال مابين مضيق وموسع ، بل من الفقهاء من كان يمنعه ، ولم يجزه إلا فى أحوال استثنائية قليلة الوقوع ، ومنهم من أجازه لاشتراط الواقف ، أو لكثرة الغلات عند الاستبدال ، والأئمة الثلاثة مالك مالك والشافعى وأحمد قد ضيقوا بابه ، بل منهم من حاول إغلاقه .

١٦٠ — ومالك رحمه الله قد منعه منعاً باتاً فى حالين :

(إحداهما) إذا كان مسجدا ، وذلك متفق عليه بين الأئمة ما عدا أحمد فإنه يجوز استبدال مسجد بأرض مسجد .

(والثانية) إذا كان عقاراً ذا غلة فلا يباح بيعه والاستبدال به إلا لضرورة توسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام (١) ، لأن هذه المصالح عامة للأمة ، وإذ لم تبع الأحباس لأجلها تعطلت وأصاب الناس ضيق ، ومن الواجب التيسير على الناس فى عباداتهم ، وسيرهم ، ودفن موتاهم .

ولقد جاء فى شرح مختصر خليل المسمى بالتاج والأكليل : « لابأس ببيع الدار المحبسة وغيرها ، ويُكْرِه الناسَ السلطانُ على بيعها إذا احتاج الناس إليها لجامعهم الذى فيه الخطبة ، وكذلك إذا احتاج الطريق إليها ، وإذا كان النهر بجانب طريق عظيمة من طرق المسلمين التى يسلك عليها العامة ، فحفرها حتى قطعها ،

(١) راجع فى هذا رسالة العلامة شرف الدين يحيى بن محمد الحطاب فى حكم بيع الأحباس ، وهى مخطوطة فى دار الكتب المصرية برقم ٤٢٧

فإن أهل تلك الأرض التى حولها يجبرون على بيع ما يوسع به الطريق »[١] .

وقد قالوا إنه إذا بيع العقار المحبوس لمثل هذه الضرورات إنه لا بد له من ثمن إذا كان الموقوف عليهم معينين ، ويدفع إليهم الثمن على أن يشتروا به عقاراً يحل محل الأول ، ويكون حبساً فى موضعه وبمصارفه وشروطه . وإذا كان الموقوف غير معين كالفقراء ، ونزع لمرفق عام فإنه لا يكون ثمن فى موضعه ، ولذلك جاء فى حاشية الشرح الصغير مانصه : « ماكان حبيساً على غير معين كالفقراء فلا يلزم تعويضه ، أى دفع ثمن فيه ، لأنه إذا كان على غير معين لم يتعلق به حق لمعين،وما يحصل من الأجر لواقفه إذا دخل فى المسجد أعظم مما قصد تحبيسه » أى أن الثمن لا يعطى إلا إذا كان له مطالب ، والوقف على غير المعين لا يوجد له مطالب ، فلا ثمن ، ويكون النظر إلى مقدار الثواب للواقف ، ولاشك أن الثواب فى هذا النفع العام أكبر وأجل .

ولم يجز المالكية الاستبدال فى الموقوف إذا كان عقارا ، ولو تخرب وأصبح لا يستغل فى شىء . وهذا عند كثرتهم ، ولكن أجاز بعض المالكية المقابلة بعقار آخر يحل محل الوقف إذا لم يكن ذا منفعة ولا ينتظر أن يأتى بنفع قط[٢] .

وقد جاء فى التاج والأكليل : « يمنع بيع ما خرب من رَبْع الحبس مطلقاً ، وقال ابن الجهم إنما لم يبع الربع المحبس إذا خرب لأنه يجد من يصلحه بإجار سنين ، فيعود كما كان واختلف فى معاوضة الربع الخرب بربع غير خرب ، وقال ابن رشد إن كانت هذه القطعة من الأرض المحبسة انقطعت غلتها جملة وعجز عن عمارتها وكرائها فلا بأس بالمعاوضة فيها بمكان يكون حبسا مكانها ، ويكون ذلك بحكم من القاضى بعد ثبوت ذلك السبب ، والغبطة فى ذلك للمعوض عنه ، ويسجل ذلك ، ويشهد به »[٣] .

---

(١) الجزء السادس ص ٤٢ (٢) رسالة الحطاب المذكورة آنفا .

(٣) ج ٦ ص ٤٢

ونرى من هذا منع الاستبدال إلا فى المنافع العامة ، وفيما عداها الاستبدال إلا إذا كانت العين خربة لا ينتفع منها بشيء ، ولا يوجد من يستأجرها مدة طويلة ويقدم الأجرة ، فإن الاستبدال بطريق المبادلة بعقار آخر يجوز على قول بعضهم ، لا على قول كلهم .

وإن هذا كله لوحظ فيه أن يكون الموقوف عقارا ، لأن وقف العقار قصد به الدوام غالبا ، ولأنه صالح للبقاء يفرض فيه وجود غلة له ثابتة ، ولو بطريق الانتظار حتى يستأجر ، وإن خرب أمداً فهو صالح للعمارة فى آماد مستقبلة . أما وقف المنقول فإن الاستبدال فيه عند المالكية جائز ، وذلك لأن منع الاستبدال قد يؤدى إلى إتلافه ، ولذلك قرروا أن الموقوف إذا كان حيوانا عراه ضعف أو ثياباً عراها الخلق بيعت واشترى بثمنها ما يحل محلها ، ولقد روى عن مالك رضى الله عنه أنه قال : « ما ضعف من الدواب المحبسة فى سبيل الله تعالى حتى لا يكون فيه قوة على الغزو - بيع واشترى بثمنه ما ينتفع به من الخيل ، فيجعل فى سبيل الله . وقال ابن القاسم فإن لم يبلغ ثمن فرس أو هجين أو برذون فليعن بذلك فى ثمن فرس . . . وما بلى من الثياب المحبسة ولم يبق فيها منفعة بيعت واشترى بثمنها ثياب ينتفع بها ، فإن لم تبلغ بيعت فى السبيل الذى حبست عليه الثياب »[1] .

ومن تسامحهم فى الاستبدال فى المنقول أن المسجد إذا تخرب وخيف على على أنقاضه من الفساد ولم ترج عمارته لا بأس ببيعها ، وأعين بثمنها فى مسجد غيره ، أى يجوز أن يستعان بالنقض ذاته فى بناء مسجد آخر ولا يباع .

والأساس فى التفرقة بين المنقول والعقار ، هو فى رجاء الانتفاع فى المستقبل فى العقار فشددوا فى استبداله وعدم رجاء ذلك فى المنقول فلم يتشددوا فى استبداله .

(١) التاج والإكليل ج ٦ ص ٤١

١٦٢ — ومذهب الشافعى رضى الله عنه فى الاستبدال يقارب مذهب مالك رضى الله عنه ، فقد صدر المذهبان عن فكرة واحدة ، وهى التشديد فى منع الاستبدال حتى لا يكون فى ذلك ضياع للأوقاف ، فالشافعى منع بيع المسجد مطلقاً ولو تخرب .

واختلف الشافعية إذا أصبح العقار الموقوف لا يأتى بنفع مطلقاً ، ففريق أجاز الاستبدال ليكون الوقف مغلا ، وفريق منعه ، وقد جاء فى المهذب مانصه :

« وإن وقف نخلة فجفت أو بهيمة فزمنت أو جذوعاً على مسجد فتكسرت ففيه وجهان :

أحدهما — لا يجوز بيعه كما ذكرنا فى المسجد .

والثانى — يجوز بيعه ، لأنه لا يرجى منفعته ، فكان بيعه أولى من تركه بخلاف المسجد ، فإن المسجد يمكن الصلاة فيه مع خرابه ، وقد يعمر الموضع فيصلى فيه ، فإن قلنا تباع كان الحكم فى ثمنه حكم القيمة التى تؤخذ من متلف الوقف » .

ونرى من هذا أن الشافعية تشددوا فى المنقول مع أن المالكية لم يتشددوا فيه ذلك التشدد .

وإنه بلغ من تشدد الشافعية فى منع الاستبدال أنهم منعوا بيعه ، ولو فى حال عدم الصلاحية إلا بالاستهلاك ، فأجازوا للموقوف عليهم استهلاكه لأنفسهم ، ولم يجيزوا بيعه فإذا كان الموقوف شجراً وجف حتى لم يعد صالحاً للإثمار ولا ينتفع به إلا فى اتخاذه وقوداً جاز للموقوف عليهم أن يتخذوه وقوداً لأنفسهم ولا يجوز لهم بيعه ، لأنه مع عدم إمكان الانتفاع به إلا باستهلاكه لم تزل عنه صفة الوقف التى تمنع البيع عندهم منعاً مطلقاً .

ولذلك جاء فى نهاية المحتاج ما نصه :

« لو لم يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاكها بإحراق أو نحوه صارت ملكا للموقوف عليه ، كما صححه ابن الرفعة ، وجرى عليه ابن المعرى فى روضه ،

لكنها لا تباع ولا توهب ، بل ينتفع بها كأم الولد ، . . . ولا يلزم تناف بسبب القول بعدم بطلان الوقف مع كونه ملكا ، لأن معنى عوده ملكا أنه ينتفع به ولو باستهلاك عينه ، ومعنى عدم بطلان الوقف أنه ما دام وقفاً لا يفعل به ما يفعل بسائر الأملاك من بيع ونحوه[1] .

ويظهر من كل هـذه النصوص أن الوقف إذا كان فيه ريع ولو كان قليلا لا يباع ، ولو أذن بذلك القضاء على مذهبهم ، بل إن عبارة بعض الكتب تمنع الاستبدال مطلقا ، إذ نصها : « لا يباع موقوف وإن خرب » .

هذا تشدد فى منع الاستبدال كالمذهب المالكى أو أشد ، وإنا لنعتقد أن ذلك إفراط فى التشديد قد يجر إلى بقاء دور الأوقاف خاوية على عروشها لا ينتفع بها أحد ، وبقاء الأرضين غامرة ميتة لا تمد أحداً بغذاء ، ولا يستظل بأشجارها إنسان ، وذلك خراب فى الأرض ، وتعميمه يؤدى إلى فساد كبير فى وسائل الاستغلال ، فوق ما فيـه من الأضرار بالمستحقين والفقراء وجهات البر ، وانقطاعها بمضى الزمان وتوالى الحدثان .

١٦٣ — وقد تحلل مذهب أحمد رضى الله عنـه من قيود التشديد قليلا ، وتساهل فى بيع الأحباس لتحل أخرى محلها وبذلك سار فى طريق الاستبدال خطوة أوسع من الإمامين الجليلين مالك وتلميذه الشافعى ، وإن لم تكن الخطوة واسعة بالنسبة لمذهب أبى حنيفة .

وأوضح تساهله كان فى إجازة بيع المساجـد ، فقد أجاز بيع المسجد إذا صار غير صالح للغاية المقصودة منه ، كأن ضاق على أهله ، ولم يمكن توسيعه حتى يسعهم ، أو خربت الناحية التى فيها المسجد ، وصار غير مفيد ، ولا نفع منه ، فى كل هذه الأحوال يباع المسجد ، ويصرف ثمنه فى إنشاء مسجد آخر يحتاج إليه فى مكانه .

---

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج جـ ٤ ص ٢٨٦ .

وقد جاء فى الشرح الكبير على متن المقنع ما نصه : « ونص على جواز بيع عرصته (أى المسجد) فى رواية عبد الله ، وتكون الشهادة فى ذلك على الإمام ، قال أبو بكر : وقد روى عن ابن سعيد أن المساجد لا تباع ، وإنما تنقل آلتها ، قال وبالقول أقول ، لاجتماعهم على بيع الفرس الحبيس يعنى الموقوفة على الغزو إذا كبرت ، فلم تصلح للغزو ، وأمكن الانتفاع بها فى شىء آخر ، مثل أن تدور فى الرحى ، أو يحمل عليها تراب ، أو تكون الرغبة فى نتاجها . . فإنه يجوز بيعها ، ويشترى بثمنها ما يصلح للغزو . . . ولنا ما روى أن عمر رضى الله عنه كتب إلى سعد لما بلغه أنه قد نقب بيت المال الذى بالكوفة أن اجعل بيت المال فى قبلة المسجد ، فإنه لا يزال فى المسجد مصلى ، وكان هذا بمشهد من الصحابة ، ولم يظهر خلافه فكان إجماعاً ، ولأن فيما ذكرنا استبقاء للوقف بمعناه عند تعذر إبقائه بصورته ، فوجب ذلك . قال ابن عقيل الوقف مؤبد ، فإن لم يمكن تأبيده على وجه تخصيصه استبقينا الغرض وهو الانتفاع على الدوام فى عين أخرى ، وإيصال الإبدال جرى مجرى الأعيان ، وجمودنا على العين مع تعطلها تضييع للغرض » .

ونرى من هذا أنهم يفتحون فى المذهب الحنبلى باب الاستبدال ، ولكنهم يقصرونه على حال الضرورة ، وهى ألا يكون الموقوف صالحاً للغرض الذى كان منه ، فلم يعد صالحاً للانتفاع به على الوجه الذى رصد من أجله ، ولذا لم يجيزوا الاستبدال إذا كان للإكثار من الغلة مع بقاء أصل الانتفاع المقصود .

١٦٤ — وقد قرر الحنابلة أنه إذا لم تتعطل مصالح الوقف تعطلا تاماً لكن قلت ، ويمكن أن يستبدل به ما هو أنفع منه وأكثر ثمرة على الموقوف عليه لم يجز بيعه عندهم ، لأن الأصل عندهم تحريم البيع ، إنما أبيح للضرورة صيانة لمقصود الوقف عن الضياع مع إمكان تحصيله ، ومع الانتفاع به وإن قل

---

(١) المغنى الجزء السادس ص ٢٣٧ .

لا يضيع المقصود فلا يباح البيع لعدم الضرورة .

إذا بيع الوقف فى المذهب الحنبلى عند وجود الضرورة ، فأى شيء يشترى بالثمن مما يرد على أهل الوقف بغلة جاز . وإن كان من غير جنسه ، لأن الاعتبار للغلة وكثرتها وقلة النفقات فلا اعتبار إلى الجنس ، وضرورة اتحاد البدل والمبدل منه ، ولكن لا تصرف الغلات إلا إلى المصلحة التى حبست العين الأولى عليها ، لأنه لا يجوز تغيير المصرف مع إمكان المحافظة عليه ، كما لا يجوز تغيير الوقف بالبيع مع إمكان الانتفاع به »[1] .

والذى يتولى بيع الموقوف عند الاستبدال ، وشراء ما يقوم مقامه هو الحاكم إذا كان الوقف على مصلحة عامة كالمساجد والقناطر والمساكن ونحوها ، لأن الاستبدال فسخ لعقد لازم فى موضع مختلف فيه اختلافاً قوياً ، فتوقف على الحاكم ، كالفسوخ المختلف فيها[2] وإن كان الوقف على معين فالذى يتولى البيع ناظره الخاص ، والأحوط ألا يفعل ذلك إلا بإذن الحاكم ، لأنه يتضمن البيع على من يجىء بعده من الأخلاف ، فأشبه البيع على الغائب والشراء له ، فكان لا بد من إذن الحاكم صاحب الولاية العامة .

ويلاحظ أن التعليل الأول يعم الوقف على معين ، والوقف على جهة عامة ، ولكن يظهر أنه فى الوقف على معين رجح جانبه باعتباره مالكا على المذهب الحنبلى ، ولأنه لا يوجد طرف فى العقد سواه .

وبمجرد شراء البدل يكون وقفاً ، لأن البدلية قائمة ، ولكن قالوا إن الاحتياط وقفه بصيغة جديدة لا تختلف عن الأولى ، لئلا ينقضه من لا يرى وقفيته بمجرد الشراء[3] .

---

(١) الشرح الكبير على المقنع ج ٦ ص ٢٤٤ .
(٢) منتهى الإرادات .
(٣) كشاف القناع على متن الإقناع ج ٢ ص ٤٧٢ .

١٦٥ — هذا مذهب الإمام أحمد رضى الله عنه فى الاستبدال ، وقد تبين من سياقه أنه وسع نطاقه قليلا عن الإمامين السابقين فى غير المسجد ، وخالف المذاهب الأخرى كلها فى المسجد ، فأجاز استبداله ، وذلك ما لم يقله غيره ، وله فى ذلك نظر واقعى سليم .

ومذهب الحنفية فى الاستبدال قد وسع بابه فى غير المسجد ، وظهرت فى ذلك المذهب نتائج الاستبدال بمحاسنه ومساوئه ، ككل قاعدة سليمة ، تقبل الاستخدام الصالح والطالح ، وككل قاعدة قويمة تعطى حرية للآخذين بها ، فإن استمتعوا بحقها وعرفوا واجبها أحس الناس بخيرها ، وإن ظنوها متعة لا تحدها واجبات بدت للناس على غير وجهها ، لأنها مسخت بأخلاق منفذيها ، وشاهت بمقاصدهم السيئة ، وكذلك كان شأن الاستبدال الذى أطلق فى المذهب الحنفى ظهرت فى عصور كثيرة مساوئه ، حتى كان الواقفون يشترطون فى أوقافهم عدم الاستبدال ، وإن تخرب الوقف وأصبح لا يأتى بأى غلة .

١٦٦ — ولقد ذكرت كتب الحنفية أن الاستبدال له ثلاث أحوال :

الحال الأولى — أن يجعل الواقف لنفسه أو لمن يتولى الوقف حق الاستبدال ، كأن يقول عند إنشاء الوقف أرضى صدقة موقوفة على أن لى استبدال غيرها بها ، أو على أن لى بيعها وجعل غيرها وقفاً فى موضعها ، وفى هذه الحال يكون الوقف صحيحاً ، والشرط صحيحاً عند الصاحبين فى بعض الروايات ، وروى عن محمد أن الوقف يصح والشرط يبطل ، وقد ذكر هذه الرواية كمال الدين بن الهمام فى فتح القدير ، فقد قال : « ولو شرط أن يستبدل بها أرضاً أخرى تكون وقفاً مكانها فهو جائز عند أبى يوسف وهلال والخصاف ، وهو استحسان . وكذا لو قال على أن أبيعها وأشترى بثمنها أخرى مكانها . وقال محمد يصح الوقف ويبطل الشرط . . . وفى فتاوى قاضيخان قول هلال وأبى يوسف هو الصحيح ، لأن هذا شرط لا يبطل الوقف ، لأن الوقف يقبل الانتقال من أرض إلى أرض ،

فإن أرض الوقف إذا غصبها غاصب ، وأجرى عليها المـاء حتى صارت بحراً لا تصلح للزراعة يضمن قيمتها ، ويشترى بها أرض أخرى فتكون وقفاً مكانها ، وكذا أرض الوقف إذا قل دخلها بحيث لا تحتمل الزراعة ، ولا تفضل غلتها من مئونتها ، ويكون صلاح الوقف فى استبدال أرض أخرى»[1] .

وجاء فى مبسوط السرخسى ما نصه :

« إذا شرط الواقف أن يستبدل به أرضاً أخرى إن شاء ذلك فهو جائز عند أبى يوسف رحمه الله وعند محمد ، وهو قول أهل البصرة رحمهم الله ـ الوقف جائز والشرط باطل ، لأن هذا الشرط لا يؤثر فى بقائه ، والوقف يتم بذلك ولا ينعدم معنى التأبيد ، فيتم الوقف بشروطه ، ويبقى الاستبدال شرطاً فاسداً ، فيكون باطلا فى نفسه ، كالمسجد إذا شرط الاستبدال به ، أو شرط أن يصلى فيه قوم دون قوم فالشرط باطل ، واتخاذ المسجد صحيح ، فهذا أصله »[2] .

وينقل ابن عابدين فى حاشيته على البحر قولا ثالثاً ، فقد جاء فى تلك الحاشية :
« وذهب محمد إلى أن الوقف والشرط كلاهما باطلان كما نقله قاضيخان » .

ومهما يكن من نقول فالصحيح فى مذهب الحنفية أن الواقف إذا جعل لنفسه أو لغيره حق الاستبدال كان وقفه صحيحاً ، وشرطه نافذاً لأن ذلك الشرط لا ينافى لزومه الوقف وتأبيده ، لأن اللزوم والتأبيد لا يقومان بعين معينة بحيث يزول الوقف بزوال صفتها ، بل يقومان بعين مغلة ، فالغلات المثمرة هى أساس بنيان الوقف ، فما دامت غلات الوقف تصرف على التأبيد ، وما دام الوقف مستمراً فى صرف غلاته على مصارفها فهو لازم أبدى ، إذ العبرة فى الوقف بمعنى الاستمرار فى الصرف على أوجه البر التى عينها الواقف ، فما دام ذلك مستمراً فالوقف مستمر ، وشرط الاستبدال لا ينافى هذا ، بل إنه فى أكثر أحواله يكون

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٥٨ .
(٢) المبسوط ج ١٢ ص ٤٢ .

لزيادة الغلات أو منع تضاؤلها ـ وذلك إذا كان من ناظر حكيم على علم بتصريف الشئون المالية والاقتصادية .

١٦٧ ــ وإذا شرط الواقف لنفسه حق الاستبدال أو جعله للمتولى على الوقف فإن له أن يستبدل ولو لم يستأذن القاضى ، لأنه ينفذ شرط الوقف بموجب ما أعطاه الشارع من ولاية خاصة ، والولاية الخاصة مقدمة على ولاية القاضى العامة .

وإذا باع الواقف أو الناظر العقار الموقوف ، فإن ما يشترى بثمنه من عقار يكون وقفاً ، وإن لم يشهد على أنه اشترى ذلك للوقف ، وإذا باع العقار مناقلة بعقار آخر كان الثانى وقفاً مكانه بمجرد عقد البيع .

ومتى استبدل من له حق الاستبدال مرة فليس له أن يستبدل مرة أخرى إلا إذا كان قد أعطى حق التكرار .

والاستبدال فى حال اشتراطه يجوز ولو كانت العين ذات ريع ونفع ، لأن ذلك تنفيذ للشرط ، فلا يشترط فيه نقص الغلات ولا عدمها ، ولكن ينبغى أن يكون الاستبدال لمعنى يقصد الناظر فيه مصلحة للوقف ، وإن لم تكن كثيرة الغلات ، مثل أن يكون العقار الموقوف قريباً من محل إقامته ، أو لأنه يسهل عليه الإشراف عليه أكثر من غيره ، لأن الاستبدال بالنسبة للوقف عمل خطير ، فلا بد أن يكون لسبب معقول ، ولقد ترك تقدير ذلك للناظر إذا كان الواقف قد أعطاه ذلك الحق .

ويتبع ما يذكره فى الوقف فى البدل ، فإن شرط أن يكون البدل من الدور مثلا لا يجوز أن يشترى بثمن الوقف غيرها ، وإن أطلق فلم يعين نوع البدل اشترى ما هو من جنس العقار ، ويجوز أن يستبدل بالأراضى الزراعية حدائق وأن يشترى بالدور أراضى زراعية ، إلا إذا كان الانتفاع المشروط على طريق السكنى كما هو مذهب الحنفية .

هذا وقد اتفق أئمة المذهب الحنفى على أن شرط الاستبدال فى المسجد لا يصح ، ويكون الوقف صحيحاً والشرط باطلا ، لأن المسجد يراد للصلاة فيه ، فالبقعة مقصودة عند الحنفية ، وأما غير المسجد فإنما يراد به الانتفاع أو الاستغلال ، فاشتراط الاستبدال فيه جائز لجواز كثرة الغلات ، أو كثرة المنافع فى غير العين الموقوفة ، ولأن الأصل فى الأوقاف عدم البيع للاستبدال أو غيره ، ولا يجوز البيع إلا استحساناً .

١٦٨ — الحال الثانية إذا لم يشترط الواقف الاستبدال لنفسه ولا لغيره ، وصار الوقف بحال لا يمكن الانتفاع به فيها ، كأن يخرب وليس له ما يعمر به ، أو تصير الأرض سبخة لا تخرج غلة تزيد على مئونتها فالاستبدال فى هذه الحال جائز ، ولكن لا بد من إذن القاضى ، لأنه هو الذى يقدر ذلك ، وذلك هو رأى الكثرة الكبرى من فقهاء الحنفية ، فقد جاء فى فتاوى الطرسوسى : « سئل شمس الأئمة الحلوانى عن أوقاف المسجد إذا تعطلت ، وتعذر استغلالها ؟ هل للمتولى أن يبيعها ويشترى مكانها أخرى ؟ قال نعم ، قيل إن لم تتعطل ، ولكن يؤخذ بثمنها ما هو خير منها هل له أن يبيعها ؟ قال : لا . ومن المشايخ من لم يجوز بيع الوقف تعطل أو لم يتعطل ، وكذا لم يجوز الاستبدال ، وهكذا حكى عن شمس الأئمة السرخسى »[1] .

ولقد روى عن محمد رضى الله عنه جواز الاستبدال فى هذه الحال أى حال التعطل ، وعدم وجود فاضل غلة ، وهذا نص ما جاء فى فتاوى الطرسوسى أيضاً : « وروى عن محمد أنه إذا ضعفت الأرض الموقوفة والقيم يجد بثمنها أرضاً أخرى أكثر ريعاً ، له أن يبيع هذه الأرض ويشترى بثمنها ما هو أكثر ريعاً . وفى المنتقى قال قال هشام : سمعت محمداً يقول فى الوقف إذا صار بحيث لا ينتفع به المساكين فللقاضى أن يبيعه ويشترى بثمنه غيره ، وليس ذلك إلا للقاضى ،

---

(١) أنفع الوسائل ص ١١٢ .

وإذا خربت الأرض الموقوفة وأراد القيم أن يبيع بعضها ليرمم الباقى بثمن ما باع فليس له ذلك »[١] .

ومع أن هلالا قد جوز شرط الاستبدال ، واعتبره شرطاً واجب المراعاة لم يجوز الاستبدال فى حال فقدان الغلة فقد جاء فى الفتاوى المذكورة : « قلت إن الاستبدال لا يجوز عنده إلا فى حال الشرط فقط ، فلا يجوز فى غيره قط .

وفى الجملة إن كثرة الفقهاء قد قرروا جواز الاستبدال فى حال عدم الغلة . وقد ألحق بهذه الحال صورتان هما :

(ا) إذا غصب الوقف غاصب وعجز المتولى عن أخذه ، ولا دليل يثبت الغصب ، وأراد الغاصب أن يدفع قيمة الأرض ، فإنه يقبل منه العوض وجوباً ، ويشترى به العقار ليكون وقفاً بدل المغصوب ، والظاهر أن قبول العوض لا يحتاج إلى إذن القاضى ، والشراء يكون بإذن القاضى .

(ب) إذا أجرى غاصب الأرض الماء عليها حتى صارت جزءاً من البحر ، ولا يمكن زرعها ، فإنه يجب على القيم فى هذه الحال أن يضمن الغاصب قيمة الأرض ، وما يشترى بالقيمة يكون وقفاً يقوم مقام المغصوب ، ولا بد من إذن القاضى عند الشرا. .

١٦٩ — الحال الثالثة للاستبدال فى المذهب الحنفى هى أن يكون للوقف ريع وغلات تفضل عن مئونته ، وتصرف فى مصارفه ولكن يمكن أن يستبدل به ما هو أدر نفعاً ، وأكثر غلة ولا يوجد شرط للواقف يسوغ الاستغلال . وقد اختلف فقهاء الحنفية فى هذا اختلافاً كبيراً . فأبو يوسف رضى الله عنه يجيزه ، لأنه أنفع للوقف ، وليس فيه منافاة لمقصده .

وقد جاء فى الذخيرة : « روى عن أبى يوسف أنه قال : لا بأس باستبدال

---

(١) الكتاب المذكور ص ١١٧ .

الوقف ، لما روى عن علىّ بن أبى طالب رضى الله عنه أنه وقف على الحسن والحسين رضى الله عنهما ، فلما خرج إلى صفين قال إن نأت بهم الدار فبيعوها واقسموا ثمنها بينهم ، ولم يكن شرط البيع فى أصل الوقف » .

وإن الدليل فى مقدماته أكبر من النتيجة التى يطلبها الإمام أبو يوسف أو من يحكى قوله ، لأن كلام الإمام علىّ يدل على أنه يجوز بيع الوقف واقتسام ثمنه إن لم يؤد إلى الغاية المقصودة منه ، والقضية التى يراد الاستدلال عليها هى بيع الموقوف لشراء غيره الذى يحل محله ، وهذه دون ما يؤدى إليه الدليل .

وهلال رضى الله عنه يمنع الاستبدال فى هذه الحال وغيرها كما بينا ، فقد جاء فى وقفه : « قلت أرأيت لو قال صدقة موقوفة لله أبداً ، ولم يشترط بيعها أله أن يبيعها ، ويستبدل بها ما هو خير منها ؟ قال لا يكون له ذلك إلا أن يكون قد شرط البيع ، وإلا فليس له أن يبيع ، قلت ولم لا يجوز وهو خير للوقف ؟ قال لأن الوقف لا يطلب به التجارة ، ولا يطلب به الأرباح ، وإنما سميت وقفاً لأنها لا تباع ، وإنما جوزت ذلك إذا اشترطه فى عقد الوقف ، لأن الواقف إنما وقف على مثل ذلك ، ولو جاز له بيع الوقف بغير شرط كان فى أصله ، كان له أن يبيع ما استبدل بالوقف ، فيكون الوقف يباع فى كل يوم وليس هكذا الوقف » .

ويختار كمال الدين بن الهمام منع الاستبدال فى هذه الحال ، فيقول فى فتح القدير :

« ينبغى ألا يجوز (أى الاستبدال فى حال وجود غلة) لأن الواجب إبقاء الوقف على ما كان عليه ، دون زيادة أخرى ، ولأنه لا موجب للتجويز ، لأن الموجب فى الأول الشرط ، وفى الثانى الضرورة ، ولا ضرورة فى هذا ، إذ لا تجب الزياده فيه ، بل تبقيته كما كان أولى ، ولعل محمل ما نقل عن السير

الكبير من قوله استبدال الوقف إلا فى رواية عن أبي يوسف هو هذا الاستبدال ، أى ما كان للضرورة .

١٧٠ — والفتوى من قديم الزمان على جواز الاستبدال فى هذه الحال كسابقتها ، وعليه العمل فى المحاكم العربية ، إن استثنينا البلاد السعودية فإن العمل فيها على مقتضى المذهب الحنبلى ، وإن الاستبدال فيه مصلحة ظاهرة ، وإنك لترى أراضى زراعية قد صاقبتها المبانى وأصبحت جزءاً من المدن ، ولو بقيت تزرع كما هى ، ولم يستبدل بها غيرها لكانت ثمراتها ضئيلة بالنسبة لما عساه يكون بدلا عنها ، فلو اشترى بَدَلٌ لها بثمنها لاشترى أضعافها مقداراً وغلات ، فلماذا يجمد الوقف على حال واحدة ولا يتغير بتغير الأزمان والأحوال .

والاستبدال فى هذه الحال كالحال التى قبلها لا يصح إلا بإذن من القاضى ، لأن القاضى هو الذى يقدر الحاجة إلا إذا كان قد شرط الواقف للناظر حق الاستبدال فإنه يجوز بمقتضى المذهب الحنفى ، ولكن للقاضى الرقابة على عملية الاستبدال .

ولا يشترط فى العقار المستبدل إلا أن يكون من جنس العقار إذا كان موقوفاً للاستغلال ، وإذا كان موقوفاً للسكنى فإنه لا يجوز إلا إذا كان عقاراً يصلح للسكنى ، ولكن ذلك على مقتضى المذهب الحنفى ، والمذهب الحنبلى لا يوجب التقيد بهذا الشرط ، بل يفتح الباب لحرية الانتفاع ، وقد أخذ بهذا القانون المصرى رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ، وحاكاه القانون اللبنانى ، والقانون المصرى لم يعد لتطبيقه فى هذا موضع لإلغاء الوقف الذرى الذى كان يثبت فيه مثل هذا الشرط ، إلا إذا كان ينطبق على وقف الخانات ونحوها من جهات البر .

١٧١ — هذه أحوال الاستبدال الثلاث . وقد اشترطوا لصحة الاستبدال شروطاً كثيرة منها ما تطابقت عليه كلمة أكثر الفقهاء والكتاب ، ومنها ما هو موضع خلاف ، واشترطه ما اشترطه من المتأخرين لما لاحظه من مظالم وقت ، ومفاسد ظهرت ، ولنذكر هنا ما اتفقت عليه كلمة أكثر الفقهاء ، ولنترك ما اختلفوا فيه إلى أن نتكلم عن طريقة الاستبدال .

وقد اتفقت كلمة الفقهاء على أنه يشترط فى الاستبدال جملة شروط :

أولها — ألا يكون البيع بغبن فاحش ، وهو ما لا يدخل فى تقويم الخبراء ، لأن البيع بغبن فاحش ظلم وتبرع بجزء من عين الوقف ، وذلك لا يجوز لأحد ، سواء أكان قاضياً أم كان غير قاض .

الشرط الثانى — ألا يبيعه القيم لمن لا تقبل شهادته له ، ولا من له على القيم دين ، لأن البيع لمن لا تقبل شهادته له مدعاة إلى الاتهام ، إذ فيه احتمال أن يقع غبن على الوقف ، أو يكون التصرف ليس من مصلحته فى شىء ، والبيع لمن له دين على القيم فيه احتمال ضياع مال البدل ، بعجز القيم عن السداد ، فيضيع الوقف ، ولأنه لا يصح أن يقرض من ثمن الوقف قبل شراء البدل ، فبالأولى لا يصح البيع بدين فيه احتمال أن يذهب بالتوى ، بل إن الظاهر أنه لا يباع بثمن مؤجل خشية العجز عن الأداء والوقف يحتاط له ما أمكن الاحتياط .

وقد ذكر صاحب البحر حادثة فتوى كان البيع فيها لابن الناظر ومن له دين عليه ، وهذا نص ما جاء فى البحر :

قد وقعت حادثتان للفتوى :

إحداهما — باع الوقف من ابنه الصغير ، فأجبت بأنه لا يجوز اتفاقاً كالوكيل من ابنه الصغير ، والكبير كذلك خلافاً لهما ، كما عرف فى الوكالة .

ثانيهما — باع من رجل له على المستبدل دين ، وباعه الوقف بالدين ، ينبغى ألا يجوز على قول أبى يوسف وهلال ، لأنهما لا يجوزان البيع بالعروض فبالدين أولى .

الشرط الثالث — أن يتحقق أن العين التى اشتريت أكثر خيراً وأبعد عن الضرر من العين التى بيعت إذا لم يكن الاستبدال بشرط الواقف لأن الاستبدال فى هذه الحال لكثرة النفع فى البدل ، فيجب أن تكون الغبطة فى جانب الوقف متحققة .

١٧٢ — ومما سبق يتبين جلياً أن فقهاء الحنفية قد فتحوا باب الاستبدال على مصراعيه ، وجرى العمل على مذهبهم ردحاً طويلا من الزمن ، ولذا ظهر الاستبدال بمساوئه ومحاسنه ، ومن المؤلم أن نرى التاريخ قدحفظ لنا صوراً كثيرة كان جانب المساوىء أشد ظهوراً ، وأبرز وجوداً ، فقد حكى لنا التاريخ أن قوماً من ذوى السلطان قد مكن الله لهم فى الأرض ، فعاثوا فيها فساداً ، وعدوا على الأوقاف يأكلونها ، وقد عاونهم على ذلك قضاة ظالمون ، وشهود زور ، فقد ذكر التاريخ أن الأمير جمال الدين ، وهو من أمراء مصر فى عهد المماليك كان إذا وجد وقفاً مغلا ، وأراد أخذه أقام شاهدين يشهدان بأن هـذا المكان يضر بالجار والمار ، وأن الحظ أن يستبدل به غيره ، فيحكم قاضى القضاة عمرو باستبدال ذلك ، وهكذا كلما أراد وقفاً اصطنع شهوداً يشهدون بأن الاستبدال فى مصلحة الوقف ، وفى مصلحة الكافة وصار الناس على منهاجه .

ولقد كان لذلك أثره فى آراء بعض الفقهاء . فالطرسوسى يشدد فى تحرى الغبطة فى جانب الوقف ، ويضع قيوداً شديدة لكى يمنع العابثين من أن يعبثوا ، وينقم من القضاة أنهم لم يتحروا تلك الغبطة تحرياً دقيقاً ، فيقول :

« والذى كان يفعله بعض القضاة الجهال أنه يثبت استبدال ناظر الوقف من غير أن يأذن له فيه ، ويحكم بصحته ، ويستبدل بالضياع الجيدة والبساتين الكبار المثمرة ، وبيت قائم بمرج ومشق . . . وأمثال ذلك ، ويأخذ عوضاً إما ربعاً ، وإما داراً بالقاهرة ، وأماكن لا ينتفع بها ، ولا تصلح أن توقف ، فهذا لا يجوز على قول أبى يوسف ولا على قول غيره ، وهو خطأ بين ، واجب النقض ، ويثاب من نقضه وأعاده إلى الوقف على حاله الأولى ، ولكن الطريق فى هذا إذا دعت الضرورة إليه ، ومست الحاجة إلى فعله أن يقف القاضى بنفسه على على الوقف الذى يستبدل به إن أمكنه ذلك ، وعلى المكان الذى يدفع عوضه ، فإذا رأى المصلحة فى الاستبدال لجهة الوقف ، بحيث تكون محلة المملوك أجود

من محلة الوقف ، وخيرها أكثر من خير الوقف ، أو يكون الوقف والبدل فى محلة واحدة ، ولكن الملك أكثر ريعاً ، وأجد بناء ، فحينئذ يأذن لعدلين أمينين ضابطين ، لهما خبرة بالقيمة والمساحة غير متهمين ، ولا متساهلين فى شهادتهما ، يقف كل واحد منهما على ذلك ويشهد به ، ويكتب خطه ، فإذا ثبت ذلك عند القاضى ، وسكن قلبه إلى شهادتهما ، واتصل به كتاب الوقف ، أذن القاضى فى الاستبدال ، ويكتب الشهود خطوطهم بالمصلحة والغبطة لجهة الوقف فى الاستبدال ، ويكتب القاضى على طُرَّة كتاب الوقف بحذاء البسملة : أذنت بذلك ، ويشهد الشهود على الناظر بالاستبدال ، وعلى صاحب العقار المملوك أيضاً ، ثم بعد ذلك يأتون إلى القاضى ، ويدعى بأن ناظر الوقف المذكور فلاناً استبدل بالمكان المحدود عن الوقف المذكور ، وأنه بعد ذلك وضع يده على على الوقف ، ولم يسلمه إلى صاحب الملك الذى استبدل به ، ويسأل سؤاله عن ذلك فيجيب بأنه يثبت مدعاه ، وبعد ذلك يستأدى المدعى الشهود على ما وقع من الاستبدال فيشهدون عند القاضى بذلك . فإذا ثبت المدعى سأل المدعى عن الحكم بصحة الاستبدال المذكور فيه ولزومه ، وبصيرورة الوقف المذكور ملك مطلقاً ، ويجعل المستبدل وقفا على شرط واقفه مع العلم بالخلاف فى ذلك . . ويحكم الحاكم بذلك كله ، ويوقع على هامش كتاب الاستبدال »[1] .

ونرى أنه يشدد فى طريق الاستبدال حتى جعله لا يتم إلا بثلاثة أعمال :

أولها — أن يفحص القاضى بنفسه إن أمكن ـ الوقف والبدل .

وثانيتها — أن يكلف اثنين من الخبراء العادلين الأمناء بالفحص لتبيين أن الغبطة فى جانب الوقف ، فإن ثبتت أذن بالاستبدال .

وثالثها — أن يكتب كتاب الاستبدال بعد أن يدعى الاستبدال ، وتسمع

(١) أنفع الرسائل ص ١١٤ و ١١٥ .

الشهادة عليه ؛ وما دفعه إلى كل ذلك التشدد إلا الاستيثاق من أن الغبطة فى جانب الوقف ، وأن الاستبدال قد تم لمصلحته .

١٧٣ — ومن ذلك نرى أن القاضى هو قطب الرحى ، وربما يكون من قبيل القاضى الذى كان يسهل للحاكمين الظالمين اغتصاب الأوقاف ، وكان فى زمن المماليك منه العدد الوفير ، ولذلك اشترط كثيرون من الفقهاء فى القاضى الذى يأذن بالاستبدال أن يكون قاضى الجنة ، وهو العالم العدل الأمين ، وقد جاء فى الإسعاف فى بيان الاستبدال الذى لم يشترطه الواقف .

وأما إذا لم يشترطه فقد أشار فى السير إلى أنه لا يملكه إلا القاضى إذا رأى المصلحة فى ذلك ، ويجب أن يخصص برأى أول القضاة الثلاثة المشار إليه بقوله عليه الصلاة والسلام : « قاض فى الجنة وقاضيان فى النار » المفسر بذى العلم والعمل لئلا يحصل التطرق إلى أبطال الأوقاف ، كما هو الغالب فى زماننا »[1] .

ولكن هل من السهل أن نعرف القاضى العالم العدل الأمين من بين سائر القضاة ؟ إن معرفة دفائن القلوب ليست أمراً هيناً ليناً ، واستبطان حقائق الرجال ليس أمراً ميسوراً ، وإن ولى الأمر يختار القضاة من العلماء الأمناء العادلين ، على حسب ما يؤدى اجتهاده ، والاجتهاد يخطئ ويصيب ، وليس من المعقول أن يختار ولى الأمر العادل الذى يريد إصلاح الرعية ـ قاضياً فاسقاً يعلم فسقه ، أو قاضياً جاهلا يعلم جهله ، بل إنه يختار العدل العالم فى نظره ، والعمل هو الذى يكشف عن حقيقته .

ولذا نقول إن الشرط الذى اشترطه صاحب الإسعاف ، وتابعه عليه كثيرون من كتاب الفقه شرط يسطر فى الكتب ، وليس له طريق عملى ، لأن مقاييس الرجال أدق المقاييس وموازينهم أكثر حساسية من ميزان الذهب ، ولقد قال

---

(١) الإسعاف ص ٣٢ وقد تم تأليف الإسعاف سنة ٩٠٥ من الهجرة .

ابن عابدين فى التعليق على كتاب صاحب الإسعاف : « قال فى الإسعاف : المراد بالقاضى قاضى الجنة ، المفسر بذى العلم والعمل ، ولعمرى إن هـذا أعز من الكبريت الأحمر ، وما أراه إلا لفظاً يذكر ، فالأحرى فيه السد ، خوفاً من مجاوزة الحد ، والله سائل كل إنسان » .

وقد نخالف ابن عابدين ، فنقول قد يكون أكثر من الكبريت الأحمر ، ولكن أى مقياس وضع لمعرفته ، وأى ميزان كان لتبينه ، ذلك أمره إلى الله إلى الله العليم الحكيم ، الذى يعلم ما تخفى الصدور .

١٧٤ — ولقد كان يحدث فى أحيان كثيرة أن الرجل يبيع عين الوقف بثمن من النقود ، ولا يعلم أنه اشترى عقاراً يكون وقفاً فى موضعه ويحل محله ، ويصرف غلته فى مصارفه ، ولذلك اشترط ابن نجيم فى البحر أن يكون الاستبدال نظير عقار لا دراهم ولا دنانير ، حتى لا تضيع فيضيع الوقف ويبطل ، أو ينفقها الناظر ، ولا رقيب ولا حسيب من قاض أو ضمير ، وهذا نص ما جاء فى البحر : « ويجب أن يزاد فى زماننا شرط ، وهو أن يستبدل بالعقار ، لا بالدراهم والدنانير ، فإنا قد شاهدنا النظار يأكلونها ، وقل أن يشترى بها بدل ، ولم نر أحدا من القضاة يفتش على ذلك مع كثرة الاستبدال فى زماننا ، ومع أنى نبهت بعض القضاة إلى ذلك ، وهم بالتفتيش ثم ترك » .

ومن كل هذا الذى سقناه تتبين كيف كان الاستبدال طريقاً لإفناء الأوقاف ، وهو قد شرع لإبقائها وتكثير غلاتها وقد رأى الناس ذلك وعاينوه ، ولذلك صار بعض الواقفون يشترطون فيما يشترطون ألا يستبدل بالوقف ، ولو بلغ من الخراب ما بلغ ، وأن منهم من كان يلعن من يتقدم للاستبدال بالوقف ، سواء أكان ناظراً أم كان قاضياً ، ولقد دفع ذلك الفقهاء لأن ينظروا فى الأمر أمثل هذا الشرط واجب التنفيذ أم ليس واجب التنفيذ ، وقد قال الطرسوسى فى ذلك : « بقى لنا مسألة لا يستغنى عن ذكرها وتحرير الكلام فيها ، وهى أن

الواقف إذا شرط ألا يباع هذا الوقف ، ولا يستبدل به ، كما هو المتعارف فى كتب الأوقاف ببلادنا [١] ، فهل يجوز أن يقال إن للقاضى أن يستبدل إذا رأى المصلحة فى الاستبدال مع مخالفة ما شرط الواقف من عدم أم لا ، فكلمة (كما هو المتعارف فى كتب الأوقاف ببلادنا) تدل على أن كثرة الواقفين كانوا يخافون من أن يتخذ الاستبدال ذريعة لإبطال الأوقاف ، وأكلها فى عصرهم . ولكن مع الأسف قرر الفقهاء أن ذلك الشرط لا يلتفت إليه إذا كان فى الاستبدال مصلحة راجحة للوقف فى نظر القاضى .

وإن الفقهاء لكثرة ما رأوا من ظلم للأوقاف بالاستبدال كانوا يرون الاحتياط بالتقليل منه ، بل إن بعض الفقهاء سد باب الاستبدال لأجل المصلحة فى الوقف ، ولذلك يقول الطوسوسى : « وفى الجملة الأولى للحاكم الحنفى سد هذا الباب بالجملة فإنه إذا فتح يدخل منه الدخيل ، ويثقل عليه من لا يقدر على دفعه والله المستعان .

ويظهر أن حكاما عادلين فى العصور الغابرة رأوا أن يسدوا باب الشر ، وأن يقطعوا على المفسدين الطريق إلى الفساد ، فمنعوا القضاة من الإذن بالاستبدال فى حال وجود عقار أكثر ريعاً وأفضل غلة ، فقد جاء فى الدر المختار : « إنه فى سنة ٩٥١ سنة إحدى وخمسين وتسعمائة ورد الأمر الشريف بمنع استبدال العامر الذى قل ريعه ، ولم يخرج عن الانتفاع بالكلية ، وأن يصير بإذن السلطان تبعاً لترجيح صدر الشريعة [٢] .

١٧٥ — كان فتح باب الاستبدال على مصراعيه فى الأزمنة الخوالى سبباً فى ضياع أوقاف كثيرة ، فإن الاستبدال ليس خيراً محضاً ، وليس شراً محضاً ، ولكن يختلط فيه الخير والشر ، ويرجح الخير على الآخر إذا صلح الحاكم ،

---

(١) أنفع الوسائل ص ١١٥ .

(٢) صدر الشريعة يرجح أن الاستبدال بالشرط أو عند فقد الغلة فقدا تاماً .

وعدل القاضى ، ويفسد الأمر إذا فسد أحدهما ، وقد طفا الشر فى الماضى حتى فسد الأمر فى الاستبدال .

وإن هذه التجربة فى الماضى جعلتنا نتظنن فى أحوال الاستبدال فى زماننا ، كما تظنن السابقون فى أزمانهم ولو كنا نبنى أحكامنا على التجربة السابقة لرجحنا قول مالك والشافعى اللذين يغلقان باب الاستبدال ولا يفتحون منه إلا زاوية صغيرة حادة الصغر .

ولكن ملابسات الزمان وأحوال الاقتصاد يتقاضى الفقيه أن يفتح باب الاستبدال ، ليكون التصرف فى الأعيان الموقوفة مرناً ، ولذلك قال القائلون الذين كانوا يطالبون بالإصلاح فى سنة ١٩٢٦ أنه يجب فتح باب الاستبدال والسرعة فيه ، وعللوا ذلك بأن كثرة توارد الأيدى على الأعيان ينوع الانتفاع بها ويكثر من غلاتها ، فإذا كان العقار يسهل انتقاله وتبادله وتكثر الأيدى التى تتناوله يمكن الانتفاع به على أكمل وجه ، فيأتى بأوفر الخيرات والثمرات وذلك يزيد فى موارد البلاد . وقد لوحظ على الأعيان الموقوفة أن عدم انتقالها وركودها فى حال واحدة أضعفها ، ونقص من ثمراتها بالنسبة لأمثالها من الأعيان الحرة ، فنقص ذلك من ثروة البلاد بمقدار ذلك ، ولم تأت ينابيع الخير فى مصر بكل ما فيها ، وقت أن كانت الأوقاف جامدة .

وقد فتح باب الاستبدال على مصراعيه كما قرر أكثر فقهاء المذهب الحنفى ، وإنا لنذكر مع الألم الشديد أنا وجدنا وقائع استبدال كان فيها الغبن الشديد على الوقف ، مع التحريات الظاهرية التى تتخذها وزارة الأوقاف وغيرها ، وقد تذاكر الناس بهذه الوقائع ، وكثر القول فى أسبابها ، والأمور التى أحاطت بها وذلك مع الاحتياطات التى اتخذت وكانت أشد من الاحتياطات التى ذكرها الطرسوسى وغيره ، ولكن الأمر ما دام يتعلق بالضمير والذمم ، فإنه لا سلطان عليها إلا الله سبحانه وتعالى الذى لا يخفى عليه شىء فى الأرض ولا فى السماء .

إن رقابة الحاكم مهما يكن عادلا مستقيم النفس والعقل لا يمكن أن تتجاوز المظاهر والأشكال ، أما النيات والبواعث فلا رقابة له عليها .

ما يجرى عليه العمل فى الاستبدال :

١٧٦ — إن المحاكم فى إجراء عملية الاستبدال تسير على أساس مستمد بعضه من الأحكام الفقهية وبعضه من منشور وزارة العدل لتنظيم الاستبدال ، والقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

وقد نص فى ذلك القانون على أن التصرف فى الأوقاف من إقامة ناظر وضم ناظر إلى آخره واستبدال وإذن بعمارة أو تأجير أو استدانة أو بخصومة وغير ذلك من خصائص هيئة المحكمة التى تكون فى دائرتها أعيان الوقف كلها أو بعضها الأكبر ، أو أمام المحكمة التى بدائرتها محل توطن الناظر .

وقد صرح بأن الاستبدال من خصائص المحاكم الابتدائية لا المحاكم الجزئية ، ويكون تصرف المحكمة الابتدائية فى الأوقاف قابلا للاستئناف فى إقامة النظام وضم ناظر . وإذن أحد النظار بالانفراد ، والإذن بمخالفة شرط الواقف مهما تكن قيمة الأعيان [١] .

كما أن من الأحكام القابلة للاستئناف الموافقة على الاستبدال أو عدم الإذن ، والإذن بالاستدانه والتأجير لمدة طويلة .

وهذا كله مما اشتملت عليه المادة الثامنة من القانون رقم ٧٨ وقد جعلت الحد الأدنى القابل للاستئناف هو مائتا جنيه وقد أحيل التقرير الابتدائى للأعيان المستبدل بها على لائحة الرسوم فى المواد ٣٣ ، ٣٤ ، ٣٥ .

وقد جعلت هذه المواد تقدير الأطيان الزراعية باعتبار الضريبة السنوية مضروبة فى ١٨٠ [٢] . وإذا كان التقدير على هذا النحو أقل من الحقيقة بمقدار

---

(١) قد تغير كل ذلك بعد القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .

(٢) قد تغير هذا التقرير بعد زيادة الضرائب .

كبير تستعلم من جهة الإدارة ، وكذلك الأمر فى تقدير الدور والحوانيت والعمائر ، وإذا قدمت أوراق أو عقود دالة على القيمة الحقيقية اتبعت إلا إذا ثبت أنها تقل عن الحقيقة .

١٧٧ — وإن المحكمة تسير فى إجراءات الاستبدال بمجرد أن يصل طلب الاستبدال من الناظر أو مشتر قد عين الثمن وبين الناظر وجه المصلحة فى الاستبدال ، وأول إجراء أن ترسل إلى وزارة الأوقاف لتعرف ما عساه يكون لديها من اعتراض أو ملاحظات ، فإن أبدت ملاحظات جعلت لها الهيئة المختصة فى المحكمة حظا فى تقديرها واعتبارها ، وإن لم تجىء منها إجابة فى مدى خمسة عشر يوماً لم تنتظرها ، بل يمضى فى طريق الاستبدال غير منتظرة لها ، ولا مترفقة فى تصرفاتها عليها ، وعلى هذا نصت المادة ٣٦٦ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ . وهذا نصها : « لا تقبل المحكمة الشرعية شيئاً من عقود الإبدال والاستبدال والاحتكار والخلع وبيع الأنقاض والاستدانة مما يتعلق بالأوقاف الأهلية أو الخيرية ، ولا تغير ناظراً عليها بغير شرط الواقف ولا تعزلهم إلا بعد مخابرة وزارة الأوقاف وورود إفادتها أو مضى خمسة عشر يوماً من تاريخ المخابرة » .

ولقد كان بعض المحاكم يتريث طويلا منتظراً إجابة وزارة الأوقاف حتى كان من المواد ما يتأخر الفصل مدة طويلة فنبهت وزارة العدل بمنشور لها أنه لا يجوز الانتظار أكثر من خمسة عشر يوماً ، وقد جاء فى هذا المنشور : « إن المحاكم فى حل من انتظار رأى وزارة الأوقاف بعد مضى خمسة عشر يوماً من تاريخ مخابرتها على أية حال من الأحوال ، فالوزارة تلفت نظر المحاكم إلى أنها ليست مقيدة برأى وزارة الأوقاف بعد مضى الخمسة عشر يوماً بحال من الأحوال ، وعلى المحاكم فى هذه الحال أن تتصرف فى المواد المنظورة أمامها بما ترى فيه المصلحة للوقف » .

١٧٨ — وإن المحاكم الشرعية كانت تسير على نظام حسن فى تحرياتها ، وهو كان يؤدى إلى نتائج حسنة إذا لم يكن انحراف فى الذين تتحرى منهم ، فكانت تستعين بالخبراء فى تقدير القيمة الحقيقية للأعيان المراد الاستبدال بها وتناقشهم ، وتتعرف مقدار ما فى أقوالهم من صدق وحق ، ولا تلزم بالأخذ بأقوالهم من غير مناقشة ، بل لا تلزم بعد المناقشة ، وكانت ترسل إلى المستحقين إذا كانوا معينين عند شراء البدل ليتقدموا بآرائهم إذا كانت لهم آراء ، لأنهم أول من يهمهم الأمر فى الوقف ، ولأنهم أصحاب الشأن الأول فيه .

وإذا ثبت لدى المحكمة جواز الاستبدال وقامت بالتحريات ، أعلن المزاد ، ولا يكتفى بهذه التحريات على أساس التقدير الذى بينه الخبراء ، أو ما يستقيم فى رأى المحكمة ، أو ما تشير به وزارة الأوقاف ، وترتضيه المحكمة أساساً للثمن ، ومن ينتهى إليه المزاد يكون هو المشترى .

وبذلك يتعين أن يكون الاستبدال فى مصلحة الوقف ، ويتولى الواقف ، أو ناظر الوقف عقد البيع ، إذا كان الاستبدال بشرط الواقف ، وإذا لم يكن الاستبدال بمقتضى شرط الواقف تولت المحكمة عقد البيع ، وكل ذلك إذا صارت عملية الاستبدال نهائية .

١٧٩ — هذه احتياطات التزمتها مصر ليكون الاستبدال فيه خير للوقف ، وقد نجح القضاء فى ذلك إلى حد ، والبلاد العربية الأخرى لم يكن فيها هذا الاحتياط ، ولكن لم يكن فيها الطمع فى عقارات الأوقاف ، ولذا لم يكن الاستبدال ذا ضرر كبير من غير هذا الاحتياط ، وهو بتطبيق الأحكام الفقهية كان قليلا ، لم يكن كثيراً ، فإذا كان ضرر على الأوقاف فقد كان متناسباً مع قلة الاستبدال ، والرقابة من الحكام العادلين كانت كافية فى الجملة .

والآن والأوقاف فى مصر وسوريا فى طريق الزوال ، فقد أصبح الاستبدال أيضاً فى طريق الزوال ، لأن الأوقاف قد قلت بل عدمت ، خصوصاً بعد

أن سلب الواقفون وأولادهم حق رعاية أوقافهم ، وقد كان الوقف الأهلى ذريعه للوقف الخيرى ، وقد سد الوقف الأهلى فسد الوقف الخيرى أيضاً ، وإنه لو نظمت الأوقاف الخيرية تنظيما حسناً مع بقائها من غير أن تسلم لأى جهة كانت لكانت مصدر تكافل اجتماعى سليم .

ولقد قرأنا أن عشرات الألوف من الأوقاف الخيرية فى مصر ستوزع على صغار المزارعين أملاكا ، وبذلك تتحول الأوقاف الخيرية إلى أملاك خاصة ، وبعد أن كانت غلاتها لجهات البر ، وأولها الإنفاق فى التكافل الاجتماعى ومداواة المرضى من الفقراء ، وعلاجهم وتفريج كربهم ، صارت ملكا خاصاً ! وإنا لهذا نرجو ولى الأمر أن يعيد النظر فى هذا القرار ، ويجعل هذه الأراضى باقية كما هى وقفاً ، على أن تكون غلاتها للتكافل الاجتماعى ، فإن ذلك مصرف كل وقف لا تعرف له مصارف ، وإن ذلك أجدى ، فانتفاع العموم أولى من الملكية الخاصة بالنسبة للوقف الذى هو مال الله تعالى ، فتصرف غلاته للفقراء ، وفى مصالحهم .

ولتتميم الفائدة ننقل لك القرار الجمهورى بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧ الذى كان أساسا لذلك وهذا نصه :

مادة ١ — تستبدل خلال مدة أقصاها ثلاث سنوات الأراضى الزراعية الموقوفة على جهات البر العامة . وذلك على دفعات وبالتدريج وبما يوازى الثلث سنوياً وفقاً لما يقرره مجلس الأوقاف الأعلى أو الهيئات التى تتولى شئون أوقاف غير المسلمين حسب الأحوال .

مادة ٢ — تتسلم اللجنة العليا للإصلاح الزراعى سنوياً الأراضى الزراعية التى يتقرر استبدالها وذلك لتوزيعها وفقاً لأحكام المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ المشار إليه .

مادة ٣ — تؤدى اللجنة العليا للإصلاح الزراعى لمن له حق النظر على الأوقاف سندات تساوى قيمة الأراضى الزراعية والمنشآت الثابتة وغير الثابتة

والأشجار المستبدلة مقدرة وفقاً لقانون الإصلاح الزراعى .

وتؤدى اللجنة العليا للاصلاح الزراعى قيمة ما يستهلك من السندات إلى المؤسسة الاقتصادية ، كما تؤدى فوائد السندات إلى من له حق النظر على الوقف .

ويجوز للجنة العليا للاصلاح الزراعى استهلاك السندات المذكورة قبل الأجل المنصوص عليه فى قانون الإصلاح الزراعى

مادة ٤ — تتولى المؤسسة الاقتصادية استغلال قيمة ما يستهلك من السندات فى المشروعات التى تؤدى إلى تنمية الاقتصاد القومى وفقاً لأحكام القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٥٧ المشار إليه ، وتؤدى إلى من له حق النظر على الوقف ريعاً يحدد سنوياً بقرار من رئيس الجمهورية بعد أخذ رأى مجلس إدارة المؤسسة الاقتصادية بحيث لا يقل عن ٣٫٥ ٪ .

مادة ٥ — يتولى من له حق النظر على الوقف صرف ما يتسلمه من فوائد السندات والريع وفقاً لشروط الوقف ومع مراعاة أحكام القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ .

مادة ٦ — يجوز استثناء من أحكام هذا القانون بقرار من رئيس الجمهورية وذلك فيما لا يجاوز ٢٠٠ فدان فى كل حالة على حدة للأراضى الزراعية التى يكون النظر عليها لغير وزارة الأوقاف وكذلك يجوز الاستثناء فيما يتعلق بطريقة استغلال المستهلك من قيمة هذه الأراضى (العمل به من تاريخ نشره)

الوقائع المصرية فى ١٣ يوليه سنة ١٩٥٧ العدد ٥٣ مكرر .

هـذا وقد أنشئت بوزارة الأوقاف لجنة شئون الأوقاف أخذت كثيرا من اختصاص المحاكم ، وما أخذته هو البدل والاستبدال ، وذلك فى ضمن ما اشتمل عليه القانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٩ ، وهذا نص القانون فيما يختص بهذه اللجنة :

١ — تشكل بوزارة الأوقاف لجنة تسمى لجنة شئون الأوقاف تؤلف من وزير الأوقاف رئيساً ، ووكيل وزارة الأوقاف ، ومفتى الإقليم الجنوبى ، ووكيل

وزارة الخزانة ، ووكيل وزارة الأشغال ، ووكيل وزارة الشئون الاجتماعية والعمل ، ووكيل وزارة الإصلاح الزراعى ، ووكيل وزارة الزراعة ، ووكيل وزارة الشئون البلدية والقروية ، ووكيل وزارة الصناعة ، ومستشار إدارة الفتوى والتشريع المختصة بمجلس الدولة ، واثنين من رؤساء المحاكم الابتدائية ، أو من فى درجتهما يعينهما وزير العدل ، ومدير عام بلدية القاهرة .

وتعقد اللجنة بدعوة من الرئيس بعد توزيع جدول الأعمال على الأعضاء بثلاثة أيام على الأقل ، ولا يكون اجتماع اللجنة صحيحاً إلا بحضور الأغلبية المطلقة لأعضائها ، وعند غياب الرئيس ينوب عنه وكيل وزارة الأوقاف .

٢ ــ تختص لجنة الأوقاف وحدها بالمسائل الآتية :

أولا ــ طلبات البدل والاستبدال فى الوقف وتقديرها ، وفرز حصة الخيرات والاستدانة على الوقف ، وتأجير أعيانه لمدة تزيد على ثلاث سنين ، وتأجيرها بإيجار إسمى ، والبت فى هذه الطلبات جميعها بغير الرجوع إلى المحكمة .

ثانياً ــ إنهاء الأحكار .

ثالثاً ــ تغيير مصارف الأوقاف الخيرية وشروط إدارتها .

رابعاً ــ الموافقة على عزل ناظر الوقف .

خامساً ــ المسائل الأخرى التى يرى الوزير عرضها عليها لأخذ رأيها فيها وللجنة أن تستعين عند الاقتضاء بمن تشاء من أهل الخبرة .

٤ ــ تستمر المحاكم فى نظر الدعاوى المعروضة عليها ، والتى أصبحت من اختصاص لجنة شئون الأوقاف بمقتضى هذا القانون ما لم يطلب أحد ذوى الشأن إحالتها إلى اللجنة المذكورة ، وعلى المحكمة فى هذه الحالة أن تحيل الدعوى بحالتها ، وبدون رسوم إلى هذه اللجنة ، للسير فيها وفقاً لأحكام هذا القانون .

هذه نصوص القانون الذى سلب المحاكم اختصاصها فيما يتعلق باستبدال الأوقاف وعزل النظار وإنهاء الأحكار ، والله سبحانه وتعالى بكل شىء عليم .

الاستحقاق فى الوقف

١٨٠ — قد تكلم الفقهاء فى المستحقين ، ومراتبهم وجهاتهم ، وذلك لأن الاستحقاق فى الأوقاف مختلف متنوع باختلاف مقاصد الواقفين ، وما تشتمل عليه كتب أوقافهم ، وما يريدونه من مصارف ، وما يشترطون من شروط .

وإن من المتفق عليه بين الفقهاء أجمعين إن استثنينا فقيه العراق الأول الإمام أبا حنيفة رضى الله عنه - لزوم الوقف على جهات البر ، والميزان الفاصل بين جهة البر . وغيرها ، أن جهة البر هى التى يكون الوقف عليها من جنس القربات التى قررها الإسلام ، كالوقف على المساجد ، والوقف على المصحات ، ودور العلاج وعلى التعليم وغير ذلك . وقد بينا بتفصيل القربة المطلوبة من وقف غير المسلم .

وأما الوقف على غير القربات فهو موضع الخلاف ، وموضع التفصيل ، ولنتكلم فى أمرين وضح فيهما الخلاف ، وهما : الوقف على النفس ، والوقف على الأولاد والذرية .

الوقف على النفس

١٨١ — أجاز أبو يوسف للواقف أن يشترط أن تكون الغلة كلها أو جزء منها لنفسه ما دام حياً ، واعتبر السرخسى فى مبسوطه ذلك توسعة فى الوقف ، فذكره فى ضمن ما توسع فيه أبو يوسف فى الوقف ، إذ قال : « ومن ضمن ما توسع فيه أبو يوسف أنه لو جعل مصدر الغلة لنفسه ما دام حياً فذلك جائز عند أبى يوسف أيضاً اعتباراً للابتداء بالانتهاء ، لأنه يجوز على جهة يتوهم انقطاعها ، وإذا انقطعت عادت الغلة إليه فى الانتهاء ، فكما يجوز

فى الانتهاء فكذلك فى الابتداء يجوز أن يقدم نفسه على غيره فى الغلة »[1] .

والظاهرية قالوا مقالة أبى يوسف وتوسعوا توسعته ، فجوزوا اشتراط الغلة كلها أو جزء منها لنفسه ، ولذا قال ابن حزم فى المحلى : « جائز للمرء أن يحبس على من أحب أو على نفسه ، ثم على من يشاء » ثم يقول : « وأما قولنا جائز على من يسبل على نفسه وعلى من يشاء فلقول النبى ﷺ : ابدأ بنفسك فتصدق عليها ، وقال لعمر : تصدق بالثمرة ، فصح بهذا جواز صدقته على نفسه ، وعلى من شاء ، وهو قول أبى يوسف » .

ومحمد لا يجيز للواقف اشتراط الغلة لنفسه ، بل يعتبر ذلك الشرط مناقضاً لأصل الوقف ، إذا اقترن بصيغته أبطل عملها ، وأذهب أثرها فلا ينعقد الوقف مع اشتراطه ، ولذا جاء فى المبسوط : « وعند محمد إذا جعله وقفاً على نفسه ، أو جعل شيئاً من الغلة لنفسه ما دام حياً . فالوقف باطل ، وهو مذهب أهل البصرة رحمهم الله ، لأن التقرب بإزالة الملك . واشتراط الغلة أو بعضها لنفسه يمنع زوال ملكه ، فلا يكون ذلك صحيحاً » .

ومذهب مالك رحمه الله عدم جواز اشتراط الغلة لنفسه . ولكن اشتراط ذلك لايبطل الوقف إن كان معه غيره ، بل ينعقد وتصرف الغلة لغيره مادامت شروط الوقف كلها مستوفاة فى جانبه ، وعلى ذلك يصح الوقف عند مالك ، ويبطل الشرط . ولذا جاء فى حاشية الصاوى على الشرح الصغير : « إن الوقف

---

(١) يفيد هذا الكلام أن صاحب المبسوط يبنى جواز اشتراط الغلة لنفسه على أن أبا يوسف يجيز الوقف مؤقتاً ، فيذكر أن أبا يوسف جوّز عودة الغلة مع العين إلى الواقف انتهاء عند التأقيت . وعند اشتراط الغلات لمن يتوهم انقطاعه ، وبذلك يجوز أن يقف على نفسه ابتداء ، فاعتبر الابتداء بالانتهاء ، ونلاحظ أن الرواية الراجحة المروية عن أبى يوسف هى أن الوقف لا يجوز إلا مؤبداً ، وهذا هو المعول عليه مع جواز الوقف على النفس .

على النفس باطل ، وغيره صحيح ، تقدم الوقف على النفس ، أو تأخر أو توسط كأن قال وقفت على نفسى ثم عقبى ، أو وقفت على زيد ، ثم على نفسى ، أووقفت على زيد ثم على نفسى ثم على عمرو ، فالأول يقال له منقطع الأول،والثانى منقطع الآخر ، والثالث منقطع الوسط . . . . والحاصل أن الظاهر من مذهبنا أنه يبطل فيما لا يجــوز الوقف عليه ، ويصح فيما يصح الوقف عليه ؛ ولا يضر الانقطاع »[١] اهـ . ومن هذا نرى أن الوقف على النفس إذا صحبه فى الصيغة وقف على غيره صح الوقف فى جانبه وبطل الوقف على النفس ، وبالتالى ينعقد الوقف ، ويبطل ذلك الشرط .

وإذا وقف وقفاً مؤقتاً على نفسه فقط بطل الوقف فى مذهب مالك ، لأن الصيغة أصبحت لا أثر لها ، فتبطل ، وتقع لاغية ، ولذا جاء فى التاج والإكليل لمختصر خليل : « الحبس على نفس المحبس وحده باطل اتفاقاً »[٢] .

وجمهور الشافعية على أن الوقف على النفس لا يجوز ، ولا يصح الوقف مع هذا الشرط ، ولذا جاء فى المهذب : « ولا يجوز أن يقف على نفسه ، ولا أن يشترط لنفسه منه شيئاً ، وقال أبو عبيد الله الزبيدى يجوز ، لأن عثمان رضى الله عنه وقف بئر رومة ، وقال : «دلوى فيها كدلاء المسلمين » وهذا خطأ ، لأن الوقف يقتضى حبس العين ، وتمليك المنفعة ، والعين محبوسة عليه ، ومنفعتها مملوكة له ، فلم يكن للوقف معنى ، ويخالف وقف عثمان رضى الله عنه ، لأن ذلك وقف عام ، ويجوز أن يدخل فى العام مالايدخل فى الخاص »[٣] .

١٨٢ ــ وأما مذهب الإمام أحمد بن حنبل ففيه قولان مصححان فى هذا أحدهما أن الوقف صحيح والشرط باطل ، فإذا شرط الواقف أن تكون الغلات

---

(١) حاشية الصاوى الجزء الثانى ص ٢٦٧ .

(٢) التاج والإكليل مختصر خليل جـ ٦ ص ٢٥ .

(١) المهذب جـ ١ص ٤٤٧

لنفسه ، ومن بعده لأولاده ، صرفت الغلات لأولاده ، وثانيهما أن الشرط صحيح هو والوقف ، وقد رجح الأكثرون من الحنابلة القول الأول ، ولذا جاء فى منتهى الإرادات : « ولايصح الوقف عند الأكثر على نفسه ، نقل حنبل وأبوطالب عن أحمد : ما سمعت بهذا ولا أعرف إلا ما أخرجه الله ، ولأن — الوقف تمليك إما الرقبة أو المنفعة، ولا يجوز أن يملك نفسه، كما لا يجوز أن يبيع ماله من نفسه، وينصرف الوقف إلى من بعده فى الحال ، فمن وقف على نفسه ثم أولاده أو الفقراء صرف فى الحال إلى أولاده الفقراء ، لأن وجود من لايصح الوقف عليه كعدمه فكأنه وقف على من بعده إبتداء . فإن لم يذكر غير نفسه فلكه بحاله، ويورث عنه[(1)] » . وجاء فى كشف الاقتناع مثل ذلك ثم قال : « وعنه (الإمام أحمد) يصح الوقف على النفس، اختاره جماعة ، قال فى الإنصاف عليه العمل فى زماننا وقبله، عند حكامنا من أزمنة متطاولة ، وهو الصواب ، وفيه مصلحة عظيمة ، وترغيب فى فعل الخير ، وهو من محاسن المذهب قال فى الفروع : ومتى حكم به حاكم حيث يجوز له الحكم فظاهر كلامهم ينفذ حكمه ظاهرا ، قال فى شرح المنتهى : ويؤخذ منه جواز القضاء بالمرجوح »[(2)] .

وترى من هذا أن الراجح فى مذهب ابن حنبل أن الوقف على النفس لا يصح ولا يبطل معه الوقف ، وأن كان من متأخرى الحنابلة من استحسن القول المرجوح . لما فيه من التوسعة على الناس ، وسوغ للقضاء . أن يقضى به مع أن مقابلة أرجح منه وأقوى أو هو الراجح .

ولكن المغنى يذكر أن المنقول عن أحمد هو صحة الوقف والشرط إذا شرط أن ينفق منه على نفسه صح الوقف الشرط ، نص عليه أحمد فقد جاء فيه: «قال الأثرم قيل لأبى عبد الله يشترط فى الوقف إنى أنفق على نفسى وأهلى منه : قال نعم واحتج قال : سمعت ابن عيينه عن ابن طاووس عن أبيه عن حجر المدرى

---

(١) منتهى الإيرادات جـ ٢ ص ٤٨٦ ، ٤٧٦ .

(٢) الأقناع جـ ٢ ص ٤٤٤ .

أن من صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأكل منها أهله بالمعروف ، وبذلك قال ابن أبى ليلى ، وابن شبرمة ، وأبو يوسف ، والزبيرى وابن سريج ، وقال مالك والشافعى ومحمد بن الحسن لا يصح الوقف ، لأنه إزالة الملك فلم يجز إشتراط نفعه لنفسه « إلخ » ، وهذا الكلام يدل على أن الوقف بشرط الإنفاق على النفس يصح عن أحمد ، وظاهر هذا الكلام فيه مناقضة تامة لما نقلناه عن الإقناع وشرح منتهى الإرادات ، لأن ما نقل فى هذين الكتابين يبين أن الأكثرين يرجحون أن الشرط يلغو ، والوقف يصح وما جاء فى المغنى يرجح ، بل يقصر الرواية عن أحمد على صحة الوقف والشرط معاً .

ولكن لو ألقينا نظرة فاحصة لكشفت لنا عن فكرة دقيقة فى مذهب أحمد وهى أن الوقف على النفس الذى يقول فيه مثلا « وقفت أرضى على أن تكون غلاتها لى فى حياتى . . . » ليس هو الوقف بشرط الإنفاق منه الذى يقول فيه مثلا « وقفت أرضى على شرط أن آكل منها أو أنفق من غلاتها ما يكفينى بالمعروف ، فإن الأول يبيح للواقف أنه يأخذ الغلات بالغاً ما بلغت ، ولو كانت عشرات الألوف من الدراهم أو الدنانير ، والثانى لا يبيح له أن يأخذ منها إلا ما يكفيه وأهله بالمعروف ، وعلى مقدار حاجته ، ويظهر من نصوص صريحة فى بعض كتب الحنابله أنهم يفرقون فى الحكم بين هاتين الحالين ، فالراجح فى الحالة الأولى بطلان الشرط وصحة الوقف ، والراجح فى الحالة الثانية ، صحة الوقف والشرط معا ، وقد تصدى الشرح الكبير لأماطة اللثام وكشف المعمى فى هذه المسألة فذكر حكم كل واحدة من هاتين الحالين فى وضوح وجلاء فقال فى بيان حكم الحال الأولى « اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن وقف على نفسه ، ثم على المساكين أو على ولده ، فقال فى رواية أبى طالب ، وقد سئل عن هذا ، فقال لا أعرف الوقف ، إلا ما أخرجه لله تعالى ، أو فى سبيله ، فإذا وقفه عليه حتى يموت فلا أعرفه ، فعلى هذه الرواية يكون الوقف عليه باطلا ،

وهل يبطل على من بعده ؟ على وجهين بناء على الوقف المنقطع الابتداء ، وهذا مذهب الشافعى ، لأن الوقف تمليك للرقبة أو للمنفعة ، ولا يجوز أن يملك الإنسان نفسه من نفسه كما لا يجوز أن يبيع ماله من نفسه ، ولأن الوقف على نفسه إنما حاصله منع نفسه من التصرف فى رقبة الملك فلم يصح ذلك بأن يقول لا أبيع هذا ولا أهبه ، ولا أورثه ، ونقل جماعة أن الوقف صحيح ، اختاره ابن أبى موسى ، قال ابن عقيل وهو أصح . . . والأول أقيس .

وقال فى المسألة الثانية : « وإذا وقف ، واشترط الانفاق منه على نفسه صح الوقف والشرط ، نص عليه أحمد ، قال الأثرم قيل لأبى عبد الله اشترط أنى أنفق على نفسى وأهلى قال نعم واحتج الخ » ، وبقية كلامه فى هذا ككلام المغنى ، ومن هذا نستبين بجلاء أن الحكم مختلف فى الحالين ، لاختلاف جوهر الشرطين ، والمرمى منهما ، فإن الأول يرمى إلى احتياز الغلات كلها أو بعضها مدة حياته ، ولو من غير حاجة ، والثانى يرمى إلى أخذ ما يكفيه وأهله بالمعروف عند الحاجة ، والأول الراجح فيه المنع وإجازة الوقف ، والثانى الحكم فيه الصحة فى الوقف والشرط معاً .

١٨٣ – من هذا كله نرى أن الفقهاء اختلفوا اختلافا بيناً فى صحة اشتراط كل الغلة أو بعضها للواقف ما دام حيا ، فأبو يوسف . وابن أبى ليلى ، وابن شبرمة وعدد قليل من الشافعية والحنابلة والظاهرية يصحح الشرط والوقف ، ومحمد والمالكية وجمهور الشافعية ، والأكثرون من الحنابلة والشيعة الإمامية على أنه لا يصح اشتراط الغلة كلها أو بعضها لنفسه . وان اختلفوا فى تشددهم فى المنع ، فمحمد والشيعة وجمهور الشافعية يحكمون ببطلان الوقف لبطلان الشرط والباقون يحكمون ببطلان الشرط ، ويصححون الوقف على ما بينا .

ونريد بعد ذلك أن ننظر فى أدلة الفريقين ، ونتعرف وجهة نظر المانعين والمجيزين ، وما عساه يكون برهانا لكل فريق ، وقد استدل للمانعين بأدلة من الآثار منها :

(ا) أن عمر جعل لمن ولى صدقاته التى وقفها أن يأكل منها بالمعروف ، ولم يمكن ثمة مانع من أن يليها هو ، فكان له بمقتضى هذا الشرط أن يأكل منها إذا وليها ، إذ هو لم يستثن نفسه من بين من لهم ولايتها بعدم الأكل ، فدل هذا على أن الوقف لا يمنع صاحبه من أن يأكل من غلاته بالشرط ، ولا يمنعه من أن يشترط الغلات لنفسه ، أن رأى ذلك ، فإذا اشترط كان شرطه نافذاً ، ووقفه لازماً .

(ب) أن عثمان رضى الله عنه عندما حبس بئر رومة ، لسقاية المسلمين بالمدينة جعل دلوه فيها كدلاء المسلمين ، فكان له بهذا حق الانتفاع من وقفه ولم يمنع إذن من أن يعــود إلى الواقف جزء من منفعة ماوقفه ، وإذا كان الوقف على مافهم هذا الصحابى الجليل ، وأقره على فهمه النبي صلى الله عليه وسلم لم يمنع انتفاع الواقف ، فلا يسوغ لنا إذن أن نبطل وقفاً شرط الواقف فيه لنفسه المنفعة كلها أو جزءاً منها لنفسه مادام حياً ، لأن حقيقة الوقف لا تنافى انتفاع الواقف بالموقوف ، كما دل على ذلك حديث عثمان هذا .

(ح) أن الإنفاق على النفس صدقة ، ولقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : « ابدأ بنفسك ، فتصدق عليها » . وإذا كان الإنفاق على النفس صدقة فلا مانع إذن من أن يقف الشخص عقاراً ، ويجعل بعض غلاته أو كلها لنفسه ، لأن الوقف فى أصل شرعه للصدقات ، وأول أبواب الصدقات أن ينفق الإنسان على نفسه . وعلى من يعول ، فإذا اشترط أن يكون كل غلاته أو أشطر منها لنفسه ما دام حيا كان شرطه مسايراً للوقف فى حقيقة معناه وملائماً له فى لبه .

(ى) ما رواه أحمد بن حنبل بسند متصل إلى النبي ﷺ من أنه عليه السلام شرط فى صدقته أن يأكل أهله منها بالمعروف ، وأهل الإنسان من يعولهم ، وتجب عليه نفقاتهم ، وإذا كان قد شرط عليه السلام فى صدقاته أن يأكل

منها أهله بالمعروف ، فإنما ذلك الشرط لنفسه ، لأنه هو الذى يعولهم ، وأكلهم أكله ، وانتفاعهم من انتفاعه ، وإذا كان النبي ﷺ قد أجاز ذلك الشرط لنفسه ، فاجازته له حجة علينا ، وشرع لنا لأن لنا فيه عليه السلام أسوة صالحة ، وأعماله سنة متبعة ، من سلكها أمن العثار .

وقد وردت الآثار من بعض الصحابة بأنهم كانوا ينتفعون بأوقافهم فقد جاء فى صحيح البخارى أن أنسا رضى الله عنه وقف داراً بالمدينة ، فكان إذا قدم للحج نزلها ، وهذا يدل على أن انتفاع الواقف بالوقف لا ينافى مقتضاه ، ولا يباين حقيقته .

١٨٤ — هذه جملة ما عثرنا عليه فى بطون الكتب من أدلة المقرين لهذا الشرط المسوغين له . الذين لا يرون فيه مناقضة لمعانى الوقف ، ولا مغايرة لمفهومه وحقيقته . أما أدلة الذين لم يسيغوه . وفهموا أنه مباين لحقيقة الوقف ، لا يوائمه ولا يلاقيه فى معناه فهى :

(١) قوله عليه السلام لعمر عند ما استأمره « سبل الثمرة » و « تسبيل الثمرة » أن يتبرع بها ، ويتصدق على من هو أهل للصدقات ويستحقها . والتصدق إعطاء يقتضى معطى ، فلا يعتبر الانفاق على النفس تصدقاً إلا على سبيل المجاز والتسامح ، ولا نصير إلى المجاز إلا إذا تعذر احتمال الكلام للحقيقة وكلام الرسول ﷺ « سبل الثمرة » على حقيقته ، فينصرف إلى الإنفاق على جهات البر المختلفة ، ولا يحق له الانتفاع بغلاته إلا فى ضمن عامة الناس لا على وجه خاص ، كمن يبنى مسجداً للصلاة ، فله أن يصلى كما يصلى كل مسلم ، وكمن يبنى خانا للضيافة ، فله أن ينزل فيه ، كما ينزل كل عابر سبيل ، أما تخصيص نفسه بجزء من الغلات بالشرط فمناف كل المنافات لتسبيل الثمرة الذى أمر به النبي ﷺ عمر رضى الله عنه .

(ب) أن الوقف صدقة فله حكم الصدقات إذا وجد ، ومن المقرر أنه لا يصح

للإنسان أن يتصدق بعين ، ويشترط جزءاً من منافعها له ، فكذلك لا يصح أن يقف ، ويجعل بعض منافع الموقوف له ، ومثل من يقف ويجعل الغلات له أمداً قصيراً أو طويلا ، كمثل من يتصدق ببقرة ، ويشترط أن يكون درها له ما دام حياً . وإذا كان ذلك الشرط باطلا فى الصدقات المنفذة ، فهو باطل أيضاً فى الصدقات المحبسة وان قلنا ان الوقف كالعتق (على حد من يقول أن ماكية الواقف تزول عنه[1]) فنتيجة القياس تمنع صحة هذا الشرط ، لأنه لا يجوز لسيد أن يعتق عبده على شرط أن يخدمه أو ينتفع منه بعد العتق ، وإذا كان ذلك لا يجوز فالوقف الذى يشبه العتق لا يجوز فيه أيضاً ، فلا أن يقف الواقف ويشترط الغلات لنفسه ما دام حياً ، ومثله فى ذلك مثل من يعتق ويشترط لنفسه حق الإنتفاع بالمعتق ما دام حيا ، فكلاهما فى الحقيقة سواء ، وهما أيضاً فى المنع والبطلان سواء .

(ح) أن الوقف بإجماع الفقهاء الذين حكموا بلزومه تبرع بالثمرة مع حبس العين ، وكيف يجتمع التبرع بالثمرة مع إنفاقها على نفسه ، وإشتراطها بالشرط له !! كأنه أعطى ليمنع ، وتبرع ليسترد ما تبرع به ، لذلك كان اشتراط الغلات أو جزء منها لنفسه منافياً لحقيقة الوقف ومقتضاه ، لأنه لا يجوز أن يعتبر الإنسان مملكا لنفسه ، ولا متبرعاً لها . ولا معطياً أياها ، ومثل الواقف الذى يشترط الغلات لنفسه كمثل المالك الذى يبيع ماله لنفسه ، ويجعل من نفسه مشترياً وبائعاً ، لأن شرطه الغلة لنفسه فى وقفه يجعله متبرعاً لنفسه ، ومتصدقاً على نفسه وذلك أمر بدهى البطلان ، لا يسيغه عقل ، فكيف يسيغه شرع[2] !! .

---

(١) كل الفقهاء الذين أجازوا للواقف اشتراط الغلة لنفسه قالوا إن الملكية تزول عن الواقف .

(٢) يرد الفقهاء الذين أجازوا ذلك الشرط هذا الدليل بأن الوقف يقتضى إزالة الملك إلى الله تعالى على أن تكون المنافع فى الوجوه التى شرطت ما دامت لاتنافى الشرع فإذا أخذ الغلات لنفسه فانما يستوفيها من عين قد صارت ملكيتها لغيره ، فهو لا يأخذها =

ويرد هؤلاء أدلة المجيز ، فيردون الأول بأن عمر قد جعل لمن يلى صدقاته أن يأكل منها ، ولكنه لم يلها ، ولم يأكل منها ، فكيف يكون تصرفه حجه لمن يجيز اشتراط الغلات لنفسه ، ولا دليل على أنه كان فى نيته أن يتولى وأن يأكل ، بل لا دليل يدل على أنه كان يجيز لنفسه أن يتولى صدقاته بنفسه ، ولعله كان ممن لا يجيز للواقف أن يتولى الولاية على وقفه ، وعلى أى اعتبار ، لا نجد فى الأثر ما يدل ، على جواز اشتراط الواقف الغلة لنفسه ، ومن جهة أخرى نقول أن اشتراط الأكل بالمعروف وبقدر من الوقف ، ومن غير تمول ليس كاشتراط الغلات لنفسه طول حياته ، ولو لم تكن ثمه حاجة إليها ، وقد علمت الفرق بينهما فيما أسلفنا عند تقرير مذهب الإمام أحمد بن حنبل فى هذا المقام ، فارجع إليه .

ويردون الثانى بأن جعل عثمان لنفسه دلوا مثل دلاء المسلمين عند حبسه بئر رومة ليس من المسألة التى يجرى فيها الخلاف ، ولا يشبهها فى شىء ، لأن دخول الواقف فى عموم الموقوف عليهم إذا كان الوقف على مصلحة عامة ، أو على أمر ينتفع منه كل الجماعة التى يعيش فيها الواقف ، ليس من الأمور التى يجرى فيها النزاع ، إنما النزاع فى حال تخصيص نفسه بالغلات كلها أو بعضها أمداً قصيراً أو طويلا ، ولا مشابهة بين هذه ودخول الواقف فى عموم من وقف عليهم فى برعام أو أمر يدخل فيه الواقف بالوصف لا بالشخص ، كمن يقف على مستشفى لمرضى السكر ، فيمرض هو به ، فيدخل المستشفى كما يدخل كل مريض .

ويردون الثالث بأن إنفاق الإنسان على نفسه لا يسمى تصدقا بالمعنى

= من حيث تبرعه ، بل يأخذها من حيث أنها صارت ملكا لله ، ومن حيث اعتبار شرطه الذى لا ينافى القربة ، ونحن نرى أن ذلك لا يرد الدليل لأن الواقف هو الذى أعطى نفسه عند الإنشاء ، وكون الأخذ من حيث الاشتراط لا يمنع أنه المانح نفسه ، وهذا ينافى التبرع .

المعروف على وجه الحقيقة ، ولا يسمى بحال من الأحوال تبرعاً ، فقول النبى صلى الله عليه وسلم : « ابدأ بنفس ، فتصدق عليها » لا يسيغ للواقف أن يقف ويجعل الغلات لنفسه ما دام حياً ، لمنافاة ذلك لأصل التبرع ولأن التصدق هنا فى معناه المجازى .

ويردون الرابع بأن إشتراط النبى صلى الله عليه وسلم أكل أهله بالمعروف من صدقاته ، ليس كاشتراط الغلات لنفسه فى شىء ؛ لأن أكل الواقف أو أهله بالمعروف عند الحاجة ليس كاشتراط الغلات لنفسه من غير حاجة ، وبالغة الغلات مابلغت، إذ الأول ليس فيه تخصيص النفس بالغلات، والثانى فيه تخصيص واضح للنفس ، وفيه منافاه ، لمعنى الوقف ومقتضاه .

١٨٥ — هذه أدلة الفريقين من الفقهاء فى هذه المسألة ، ولئن كان لنا أن نختار من بينها رأيا نرى فى العمل به مصلحة ، ونراه يلتئم تمام الإلتئام مع مرمى الشارع فى الوقف ومعناه ـ لا نختار سوى مذهب مالك رضى الله عنه ، فإنه لا يجيز للواقف أن يشترط الغلات لنفسه ، ولا أن يأكل منها بالشرط ، إلا إذا استثنى لنفسه شيئاً يسيرا بحيث لايتهم بأنه قصد حرمان ورثته . وإلا إذا احتاج ، وقد جاء فى عمدة القارىء « قال ابن القصار من حبس دار أو سلاحاً ، أو عبداً فى سبيل الله ، فأنفذ ذلك فى وجوهه زماناً ثم أراد أن ينتفع به مع الناس ، فإن كان من حاجة فلا بأس ، وذكر ابن حبيب عن مالك قال من حبس أصلا يجرى غلته على المساكين ، فإن ولده يعطون إذا افتقروا ، إن كانوا يوم مات أو حبس فقراء أو أغنياء غير أنهم لا يعطون جميع الغلة مخافة أن يندرس الحبس ، ويكتب على الولد كتاب أنهم إنما يعطون منه ما أعطوا على المسكنة ، وليس لهم فيه حق دون المساكين » .

فنحن نرى أن الواقف ليس له أن يشترط من وقفه شيئا إلا مقدار نفقته عند حاجته أو حاجة من يعولهم ، ولا يعطون إلا ما يكفيهم بالمعروف ، ونرى

أن هذا الرأى فوق أنه موافق للآثار كلها ملائم لمقتضى الوقف ومرماه ، وفيه المصلحة الظاهرة لو أخذ به فى عصرنا الحاضر لأنه يقل من الأوقاف ، وقد طغى سيلها ، وطم وفاض ، حتى خشى أن تصبح أرضى مصر وقفاً فى الأزمان القابلة ، ولا شك أننا ان منعنا الواقفين من اشتراط الغلات لأنفسهم ، وان شرطوها كان ذلك ابطالا للوقف نجد أن عدداً عظيماً من الراغبين فى الوقف يحجمون ، أو يشترون من أموالهم جزءاً يقفونه والباقى يبقونه ، وفى الحالين يقل الواقف وينقص بمقدار عما كان متوقعاً وقفه .

ويقل على الأخص الوقف الذى يقصد منه حرمان لبعض الورثة ، أو تطفيف نصيبهم لأن الرجل الذى يحابى بعض ورثته ويحرم أو ينقص الآخرين ـ أمامه إحدى طرائق ثلاث الهبة فى حياته وهى طريق غير معبد ، لأن خشية الرجل الإملاق فى القابل تجعله يحجم عنها ، والثانية الوصية ، وأمامه فيها عدم إعتبار الشارع ، للوصية للوارث ، إلا بأجازة الورثة ، حتى لا تكون فى الوصية مظنة المحاباة ، وبعد إباحتها لا تكون إلا فى الثلث . والثالثة الوقف ، وهو الطريق المعد فى ظاهرة فإذا أخذنا بقول ذلك الجم الغفير من الفقهاء الذى لايعتبرون شرط الواقف الغلة لنفسه من الشروط الواجبة النفاذ ، فقد سددنا الطرق على من تكون غايته تخصيص بعض ورثته بمقدار أكبر ، ونصيب أوفى ، وصعبنا عليه الوصول إلى غرضه ، وتكون قد دفعنا بهذا بعض الواقفين إلى طريق الإعتدال ، أو ترك الأمر لقسمة الله العادلة ، وحكم الله وهو العليم الخبير .

هذا هو الرأى الفقهى ولكن بعد إلغاء الوقف الأهلى أحجم الناس عن الوقف ، وصار من المصلحة الترغيب فيه ، ونرى أن الترغيب فى الوقف الخيرى يكون بإباحة الوقف على النفس ، وفى وزارة الأوقاف مشروع بإجازة الوقف على النفس لفتح باب الوقف الخيرى وهكذا صار ماكان شراً بعد تحول الحال خيرا .

الوقف على القربة والأولاد

١٨٦ — إذا كان للشخص أقارب فقراء ذوو حاجة ، وهو فى ميسرة وبسطة من الرزق فأراد أن يقف على أولئك ما يسد حاجتهم ، ويدفع عوزهم فوقف ، واشترط أن تكون الغلات لهم ، ومن بعدهم على الفقراء ولم يكونوا هم من ورثته فوقفه صحيح وليس فى صحته ريب ولا مجال للنزاع فيه ، لأن صرف الغلات للأقارب الفقراء الذين ليسوا من ورثة الواقف صدقة مثوبة ، وعمل مشكور مادام المقصود منه دفع الحاجة ، وإطعامهم من جوع ، بل ان أكثر الفقهاء على أن الأقارب الفقراء والمساكين أولى ، فقد جاء فى أحكام الأوقاف للخصاف : « قلت فإن جعلها صدقة موقوفة على المساكين فاحتاج ولده أو قرابته ، هل يعطون من غلته ، ؟ قال نعم . . . من قبل أن هؤلاء الذين افتقروا هم من المساكين ، ألا ترى أنه جاء فى الحديث لا تقبل صدقة ذى رحم محتاجه ، فولد الواقف وقرابته أحق أن يعطوا من غيرهم » .

وفى مذهب الإمام أحمد وغيره أن الوقف إذا كان على جهة تنقطع فانقطعت عاد إلى أقرب أقارب الواقف الفقراء ومن بعدهم للمساكين ، جاء فى المغنى « يتصدق عند انقراض الموقوف عليهم إلى أقارب الواقف ، وبه قال الشافعى وعن أحمد رواية أخرى انه ينصرف إلى المساكين . . » ثم يقول : « والدليل على صرفه إلى أقارب الواقف أنهم أولى الناس بصدقته بدليل قول النبى صلى الله عليه وسلم : « صدقتك على غير رحمك صدقة ، وصدقتك على رحمك صدقة وصلة ، قال ولأن فيه اغناءهم وصلة أرحامهم ، لأنهم أولى الناس بصدقاته النوافل والمصروفات ، كذلك صدقته الموقوفة » .

وإذا كان الأقارب الفقراء أولى بالوقف عند عدم النص عليهم ، فبالأولى يكونون أحق عند النص عليهم ، فلا خلاف ولا مثار للخلاف إذا جعل غلات وقفه على أقاربه الفقراء الذين ليس لهم فى ميراثه حق مقسوم ، وقدر معلوم .

وإذا وقف على الأقارب الأغنياء ولم يكونوا من ورثته فالنظر فى وقفه كالنظر فى كل وقف اشترطت غلاته لأغنياء ، إذ يكون الوقف صحيحاً ، ومن بعدهم للفقراء أو لجهة البر التى عينها ، مادام لم يكن فى الوقف مظنة الحبس عن الميراث ، والمنع منه ، وإلا فحكمه حكم الوقف على الورثة .

وموضع النظر ، ومجال الفكر ، هو الوقف على ورثته سواء أكانوا أغنياء أم فقراء أيصح الوقف عليهم كغيرهم ممن ليسوا له بورثة ، أم لا يصح لما فى ذلك من مظنة الحبس عن فرائض الله ، ومحاربة توزيع الميراث الذى فرضه الله سبحانه وتعالى ، وبالتالى هل فى الوقف على الورثة أو حرمانهم من استحقاقهم فى التركة محاربة لنظام الأرث ؟

الكثرة الكبرى من الفقهاء على أن الوقف على الورثة جائز ، وليس فى الوقف محاربة للميرات سواء أكان متفقاً فى توزيعه مع نظام الأرث أم مختلفاً ، بل سواء، أكان فيه حرمان لبعضهم أم اعطاه لهم جميعاً ، لأن الوقف كالهبة وكالصدقات العاجلة تصرف فى العين حال الحياة ، وما له ملك له ، ولم يتعلق به حق الورثة بأى نوع من أنواع التعلق فيصح عاجلا ، ولو كان فيه بالفعل حرمان للورثة ، وإذا كان الوقف فى مرض الموت ، وتعلق بالتركة حتى الورثة كان له حكم خاص به .

وقد استدلت الجمهرة العظمى من الفقهاء على جواز الوقف على الوثة أو بعضهم ، وعلى القرابة مع جواز حرمان الورثة بما يأتى :

١ — أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه جعل وقفه « فى الفقراء وذى القربى والرقاب وفى سبيل الله والضيف وابن السبيل » .

وذوو القربى المراد بهم قرابته ، سواء أكانوا فقراء أم أغنياء ، وسواء أكانوا وارثين أم غير وارثين ، فاللفظ على عمومه ، وهو يشمل كل هؤلاء ، فيدخل فيه الجميع من غير تخصيص بعضهم بالحرمان ، وبعضهم بالعطاء ، وقد أقره

النبي صلى الله عليه وسلم وإقرار النبي لفعل حجة لجوازه وصحته ، فدل هذا على أنه ليس ثمة مانع شرعي يمنع الحبس على الورثه ، وعلى أنه لا أثم فيه ، فحال أن يقر النبي صلى الله عليه وسلم اثما أو مافيه خروج عن جادة الشرع القويم .

(ب) وأن الزبير بن العوام قد تصدق بدوره ، وقال للمردودة من بناته أن تسكن غيرمضرة ، ولا مضر بها ، فإن استغنت بزوج فليس لها حق ، وفي رواية أنه جعل دوره صدقة على بنيه لاتباع ، ولا توهب ولا تورث ، وأن للمردودة من بناته أن تسكن غير مضرة ولا مضر بها الخ الخ . . فدل هذا صراحة على أن الزبير رضى الله عنه قد وقف على ذريته سواء أكان في الروايه الأولى أم في الرواية الثانية ، ففي الرواية الأولى جعل لبناته حق السكنى إذا خرجت من بيت الزوجية مطلقة ومردودة إلى أهلها ،وبناته من ورثته ، ولا ريب في ذلك ، والرواية الثانية أصرح لأنه جعل الوقف من أول الأمر على بنيه ، وهم ورثته الأدنون ، وقدجاءت الرواية الأولى في صحيح البخارى ، ومكانته من كتب السنة مكانته ، بل هو أولها اعتباراً وأعلاها درجة في التصديق ، وإذا كان الزبير قد وقف على ورثته ، واشترط لورثته في منافع وقفه حقاً معلوما ففي فعله دليل على صحة الوقف على الورثة ، ومن أحق من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بالاقتداء ، وأولى منهم بالاتباع ، وعلينا أن نختار ما اختاروا ، وهم لايختارون اثما .

(ح) ان النبي صلى الله عليه وسلم أشار على أبي طلحة الأنصارى أن يجعل صدقاته الموقوفة على الأقربين له ، وذلك أنه لما نزل قوله تعالى : لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون ، قال أبو طلحة ، يارسول الله إن الله تبارك وتعالى يقول : لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون ، وأن أحب أموالى إلى بيرحاء (١) وأنها صدقة أرجو برها ودخرها عند الله ، وضعها أى رسول الله حيث أراك الله

(١) بير حاء بكسر الباء وسكون الياء وضم الراء اسم لحديقة لأبي طلحة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يدخل ويشكل بها ويشرب من مائها .

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بَخ[١] يا أبا طلحة ، ذلك مال رابح قبلناه منك . ورددناه إليك ، فاجعله فى الأقربين ، فتصدق به أبو طلحة على ذوى رحمه ، وهذا يدل على صحة الوقف على الأقارب ، ورثة وغير ورثة ، أغنياء وفقراء ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمره بأن يجعلها فى الأقربين ، ولأنه قد جعلها فى الأقربين فعلا ، بل ان هذا دليل على صحة الوقف على الورثة بالأولى ؛ لأنهم من الأقارب والأقربين أو هم من أقرب الأقرباء ، وأعز النصراء للمورث .

ى — ماورد من أوقاف الصحابة الكثيرة ، فقد وقف كثيرون منهم على أولادهم فوقف أبو بكر رضى الله عنه رباعا كانت له بمكة وتركها ، فلا يعلم أنها ورثت عنه وكان يسكنها من حضر من ولده وولد ولده ونسله[٢] وتصدق عثمان بن عفان بماله الذى بخيبر على ابنه ان بن عثمان صدقة بتة بتلة لا يشترى أصلها ولا يوهب ولا يورث[٣] وحبس زيد بن ثابت داره على ولده وولد ولده وعلى أعقابهم ، لا تباع ، ولا توهب ولا تورث[٤] وهكذا مما تضافرت به الأخبار وتوارثه الناس عن الصحابة والتابعين جيلا بعد جيل من وقفهم[٥] ، فكانوا يقفون إن كان بأيديهم ما يوقف ، ويفتون بالأوقاف ، ويحكمون بها إن كان لهم فى القضاء شأن يروى أن رجلا تصدق بأرض له على بنيه ، وبنى بنيه وجعل للمساكين فيها شيئاً وكان والى القضاء معاذ بن حبل ، فأجازه[٦] وقد اقتفى أثرهم من جاء بعدهم

(١) بخ بفتح الباء وسكون الخاء أو كسرها مع التخفيف والتشديد والتنوين عند التكرار وهى تقال عند الاعجاب بأمر أو التعجب منه .

(٢) أحكام الأوقاف للخصاف ص ٥ .

(٣) أحكام الأوقاف ص ٩ .

(٤) الكتاب المذكور ص ١٢ .

(٥) راجع الصفحات الأولى من أحكام الأوقاف للخصاف ففيها أكثر من عشرين خبرا عن أحباس الصحابة والتابعين وتابعيهم ، وفى كثير منها الوقف على الذرية .

(٦) أحكام الأوقاف للخصاف ص ١٢ .

من غير نكير على أفعالهم ، بل حاش لله أن يكون فى عملهم أثم أو منكر ، ولقد روى أن رجلا ذهب إلى عمر بن عبد العزيز يخاصم فى عقار حبس لا يباع ولا يوهب ولا تورث ، فقال يا أمير المؤمنين ، كيف تجوز صدقة لمن لم يأت ، ولم يُدْرَ أيكون أم لا يكون ، فقال عمر أردت أمراً عظيما فقال ياأمير المؤمنين إن أبا بكر وعمر كانا يقولان لا تجوز الصدقة ولا تحل حتى تقبض ، قال عمر ابن عبدالعزيز :الذين قضوا بما تقول هم الذين حبسوا العقاروالأرضين على أولادهم وأولاد أولادهم ، هم عمر وعثمان ، وزيد بن ثابت ، فإياك والطعن على من سلفك والله ما أحب أنى قلت ، وأن لى جميع ما تطلع عليه الشمس أو تغرب ، فقال : يا أمير المؤمنين ، أنه لم يكن لى به علم ، فقال عمر استغفر ربك ، وإياك والرأى فيما مضى من سلفك [1] وإذا كان الصحابة قد وقفوا تلك الأوقاف ، وافتوا بجوازها عند ما يستفتون ، وأجازوها فى أحكامهم عند ما يحكمون ، فلا بد أن يكون ذلك عن علم أخذوه عن النبى صلى الله عليه وسلم ، ولا بد أن يكون عن إقرار له صلى الله عليه وسلم ، وإن لم يكن الأمر كذلك ، فما كان يكثر ذلك منهم ، من غير نكير من أحدهم ، أو اعتراض ظهر فيما بينهم .

١٨٧ — هذه أدلة الفقهاء عامة فى اجازتهم للوقف على الورثة والذرية ، وقد ثبت فى عصور مختلفة من العصور الإسلامية أناس رأوا فى تخصيص بعض الورثة بجزء من الميراث على صورة الوقف ، وفى حرمان الورثة ليعطى من يحب من سواهم ، محاربة لنظام الميراث الذى سنه القرآن الكريم ، وبين أكثره ، واتمت السنة بيان ما أجمله القرآن ، ورأوا فيه حبساً عن فرائض الله سبحانه وتعالى ، واقرأ ما نقلناه عن صاحب الروضة الندية تجده يحرم الوقف الذى يكون فيه مضارة بالورثة سواءا كان على الأقارب أم الأجانب، وسواء أكان على وارث أم غير وارث ، وقد استدلوا على ذلك بأن شريعة الميراث محكمة ، وقد أعطى كل

(١) أحكام الأوقاف للخصاف ص ١٦

ذى حق حقه ، وكل ذوى فرض فرضه ، فكل تحايل بوقف أو ما يشبه الوقف فيه إبطال لحكم الله سبحانه وتعالى فيما شرعه من تقسيم عادل ، ولأى شىء منعت الوصية لوارث عملا بالأثر المشهور «لا وصية لوارث» ؟ لم تمنع الوصية للوارث كما جرت السنة، وكما قرر الفقهاء إلا لما فيها من محاباة بعض الورثه، وتخصيصهم بعطاء أوفى ، وقدر أكبر مما يخص غيرهم ، فكيف يباح إذن الوقف الذى يكون فيه إيثار بعض الورثة على الآخرين .

وقد اعتنق ذلك الرأى طائفة من ذوى الرأى والفكر بل بعض علماء الدين فى الأزهر عند ما ثارت زوبعة الخلاف بشأن الوقف الأهلى ، ولذا نوقشت تلك المسألة مناقشات قوية محكمة فى الاستدلال أحيانا وواهنة فى بعض الأحيان، ولقد نظروا فى الأدلة السابقة التى ساقها الفقهاء ، أو ساقها بعض أفاضل العلماء تأييدا للكثرة الكبرى من الفقهاء رحمهم الله ، وردوها دليلا دليلا .

(١) فردوا الدليل الأول بأن كلمة (ذى القربى) التى جاءت فى حديث عمر رضى الله عنه قد ذكر الشراح فيها تفسيرين ، فقد جاء فى فتح البارى « قوله ولذى القربى يحتمل أن يكون هم من ذكر وافى الخمس ، كما سيأتى بيانهم ، ويحتمل أن يكون المراد بهم قربى الواقف[1] » ، فابن حجر يجعلها محتملة لأن يكون المراد منها المذكورين فى قوله تعالى : « واعلموا أن ماغنمتم من شىء فان لله خمسهُ وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل » وذو القربى هنا المراد به ذو القربى من النبى صلى الله عليه وسلم ، وإذا كانت تلك الكلمة تحتمل هذا كما تحتمل قرابة الواقف ، بطل الاستدلال بها ، لأنه لايتأتى الاستدلال مع الاحتمال وإذا سلمنا أن المراد بذى القربى قرابة عمر رضى الله عنه ، كما جزم بذلك القرطبى فلا نسلم أنها تشمل الغنى والفقير ، بل لاتشمل إلا الفقير ، لماأحاط بها من عبارات لأن التصدق فى الأكثر الشائع لا يكون إلاللفقراء ،ولأن إجتماعها مع ابن السبيل

(١) فتح البارى لابن حجر الجزء الخامس ص ٢٦٤ .

وفى الرقاب ، وفى سبيل الله يشعر بالحاجة ، وذو القربى المحتاج هو الفقير لا الغنى وإذا سلمنا أن كلمة ذى القربى تشمل الفقراء والأغنياء من الأقارب ، فلا نسلم أنها تشمل الورثة ، ولم يقم دليل على أنها تشملهم إلا على أنها لفظ عام ، وإذا كان شمولها لهم من جهة العموم . فهو لا يدل على تخصيص بعض ورثته بنصيب أوفى ، ومقدار أكبر ، بل انه جعلهم فى عموم ذوى القربى وجعل ذوى القربى صنفا من أصناف كثيرة يتساوون معهم فى الحظ والقسمة ، وأين هذا مما يجرى الآن ومما جرى سابقا من تخصيص بعض الواقفين بعض ورثته بالتركة أو حرمانهم جميعا لا يقصدون بذلك برا ولا خيرا ، بل حرمانا آثما ، وإيثارا ظالما وعلى أية حال فليس فى هذا الأثر دلالة على صحة الوقف للورثة الأغنياء ، وبالأولى ليس فيه دلالة مطلقا على جواز حرمان بعض الورثة من نصيبهم الذى قسمه الله لهم ، وجعل الوقف ذريعة لذلك .

ب — ويردون الدليل الثانى بأن البخارى روى صدقة الزبير هذه من غير سند نستطيع أن نحكم على رجاله أهم عدول ثقات ضابطون يقبل تحديثهم ، أم غير ذلك فيرد حديثهم ، وكل حديث كانت روايته كذلك من حق العلماء ألا يأخذوا به مهما يكن لراويه من فضل وعلم وثقة ، لأنه لم يبين لنا عمن روىء وعمن أخذ ونقل والرواية الثانية لتلك الصدقة التى لم تجىء عن طريق البخارى فيها أيضاً ما يشبه هذا ، فإنها رواية الدارمى عن هشام بن عروة عن أبيه ، ولم يبين الدرامى عمن أخذ ، لأن لم يكن معاصر الهشام ، فلا بد أن يكون قد نقل عمن نقل عن هشام ، ولم يبين من هو لنتعرف حالة أهو صادق مقبول نقله أم كاذب مردود خبره ، والرويات التى على هذه الشاكلة لا يأخذ بها العلماء فى تعرف أحكام الشريعة كما ذكرنا ، وإذا كان الأمر كذلك فليس فى هذا الدليل حجة ملزمة ، أو دليل واضح ينير الطريق ويبين وضح الحق الذى لا ريب فيه .

(حـ) ويردون الدليل الثالث بأنه لا دليل فى الحديث على أن أقارب

أبى طلحة الذين تصدق عليهم هو ورثته أو قصد بالتصدق حرمان ورثته بأى وجه من الوجوه لأنه فعل ما فعل باشارة من النبى صلى الله عليه وسلم ، ـ فالمحاباة لبعض الورثة أو حرمانهم منفى نفياً تاماً ، لأنه طلب إلى النبى صلى الله عليه وسلم أن يضع صدقاته فيمن شاء فردها النبى صلى الله عليه وسلم لأقاربه ، ويظهر أنه لا حظ أنهم أكثر حاجة ، والصدقة عليهم أولى وأحق ، للرحم الجامعة بينهم ، وأيضاً فليس فى الحديث ما يدل على أن هذه الصدقة التى تصدق بها أبو طلحة فى أقاربه من الصدقات الموقوفة فى شىء ، بل يظهر من عبارات الحديث ومما جاء فى أخبار من تصدق عليهم ما يدل على أن هذه الصدقة كانت من الصدقات المنفذة لا من الصدقات الموقوفة ، أى أنها كانت تمليكا ، ولم تكن حبساً ، فقد جاء فى رواية البخارى ذاتها أن ممن تصدق عليهم حساناً رضى الله عنه ، وأنه « باع حصته إلى معاوية فقيل له تبيع صدقة أبى طلحة ! ! فقال ألا أبيع صاعاً من تمر بصاع من دراهم » ، فدل هذا على أن هذه الصدقة كانت تمليكا ، ولم تكن حبساً ، ولذا جاء فى فتح البارى عند تعليقه على بيع حسان : « هذا يدل على أن أبا طلحة ملكهم الحديقة المذكورة ، ولم يقفها عليهم إذ لو وقفها ما ساغ لحسان أن يبيعها فيعكر على من استدل بشىء من قصة أبى طلحة فى مسائل الوقف ، إلا فيما لا تخالف فيه الصدقة الوقف ، ويحتمل أن يقال شرط أبو طلحة لمن وقف عليهم أن من احتاج إلى بيع حصته منهم جازله بيعها ، وقد قال بجواز هذا الشرط بعض العلماء كعلى والله أعلم[1] » . ونحن نوافق ابن حجر فى قوله ان هذه الصدقة ليست من الوقف ونخالفه فى احتمال أن أباطلحة قد اشترط بيعها إذا احتاج المتصدق عليهم ، لأنه احتمال لايوجد مايدل عليه ، وكل احتمال لم ينشأ عن دليل لايقف أمام ظواهر النصوص وما تدل عليه ، وفوق ذلك نرى أن فى بعض روايات الحديث مايدل على أن

---

(١) فتح البارى الجزء الخامس ص ٢٥٠ .

الصدقة كانت تمليكا ولم تكن حبسا بوجه من الوجوه ، فقد جاء فى بعض روايات البخارى التعبير عن الصدقة يقول الراوى : فقسمها أبو طلحة فى أقاربه وبنى عمه ، فدل هذا دلالة لاريب فيها على التمليك لأن قسمة المتصدق به تتضمن معنى التمليك للرقبة ، لاحبس العين والتصدق بالمنفعة .

من كل هذا يفهم أن صدقة أبى طلحة التى أمره بها النبى صلى الله عليه وسلم ، إذ استشاره ليست من الأحباس ، وإذا كانت ليست من الأحباس فلا تصلح حجة فى موضع النزاع .

ى — ويردون الدليل الرابع بأن الروايات التى جاءت فيها أوقاف الصحابة والتابعين ، وذكر فيها الوقف على الذرية والورثة ، فى اسنادها طعون وفى رواتها ضعاف فى الثقة ، لم يشتهروا بالصدق فى الرواية ، فوقف أبى بكر لم يذكر له سند فلا يقبل ، ووقف عثمان على ابنه ابان ، ووقف زيد بن ثابت على أولاده وأعقابهم وحكم معاذ بن جبل ، ومناقشة عمر بين عبد العزيز ، كل هذا روى عن طريق الواقدى ، والواقدى لم يكن من الرواة الثقات ، وقد قال فيه الذهبى «هو أحد أوعية العلم على ضعفه ، وقال أحمد : كذاب يقلب الأحاديث ، وقال البخارى وأبو حاتم متروك ، وقال أبو حاتم أيضا والنسائى : يصع الأحاديث ، وقال ابن عدى أحاديثه غير محفوظة [1] ، وإذا رجعنا إلى رويات الأحاديث التى رواها الخصاف ، وفيها وقف على الذرية وجدنا أنها من روايات الواقدى أو من يشبهه فى شهرته وسمعته التى ذكرناها [2] ، فكيف يحتج بروايات تجىء عن أمثال

---

(١) ميزان الإعتدال فى نقد الرجال للحافظ الذهبى الجزء الثالث ص ١١٠ .

(٢) قد عنى صديقنا المرحوم الأستاذ للشيخ محمد أحمد العدوى بتخريج روايات الخصاف فى الوقف على الذرية ، و نقدها نقدا علميا ، ودون ذلك فى رسالة لم يطبعها ، وقد أطلعنا رضى الله عنه على تلك الرسالة فوجدناها جديرة بعلمه ، وقد انتهى فى رسالته إلى أن ماساقه الخصاف من روايات فى الوقف على الذرية فى سنده كلام ، أوغير صريح فى دلالته .

هذا ، وكيف تتلقى شرعاً يمت إلى الدين بسبب وثيق من أفواههم ، بل كيف نبنى على رواياتهم أى حكم ، وهم متهمون بالكذب ، ويثار الريب حولهم من كل جانب إذ لا عاصم لهم من غيرة دينية .

وإذا كان هذه حال تلك الروايات من حيث الثقة بناقلها ، فهى لا تصلح حجة فى شىء وقد أحاطت بها الظنون ، وثارت حولها الشبهات ، فلا يثبت بها حكم تطمئن إليه النفس ، ويسكن إليه القلب ، ويشرح له الصدر .

١٨٨ تلك هى أدلة العلماء التى ساقوها لإثبات ما قالته الكثرة الكبرى من الفقهاء بجواز الوقف على الورثة ، وجواز حرمان بعضهم منه ، وتخصيص بعضهم به ، بل جواز حرمانهم جميعاً عند نقمة الواقف عليهم ، وهذه هى الاعتراضات التى اعترض بها بعض العلماء فى عصرنا الحاضر ، وجاءت فى عبارات علماء ظهروا فى القرون الإسلامية الغابرة وأطلنا فيها ، لأنها شغلت الفكر المصرى بل الإسلامى نحو ثلاث سنوات اشتدت فيها الحومة وحمى الوطيس ، وناضل كل ذى رأى عن رأيه ، ولأن فى سوقها كشفاً عن ينابيع الشريعة وكيف يستقى منها ، وينهل منها الواردون ، ولان مناقشتها قد ألقت بين يدى القارىء الكريم ضوءا على حقيقة علمية ثارت حولها زوبعة القول ، وله أن يكون منها رأياً ينقدح فى نفسه ، ويطمئن إليه قلبه ، وليتبين كيف سهل إبقاء الوقف الأهلى فى بعض البلاد العربية .

ولو أن لنا نحن أن نكون رأياً فى وسط ذلك المضطرب الفسيح ، وذلك المعترك الشديد ، فذلك الرأى هو أن الوقف على الذرية أو الورثة إذا كان غرض الواقف منه دفع الحاجة عنهم ، أو منع غائلة الجوع أن تمتد إليهم ، ويبين ذلك الغرض فى لحن القول وإشارته ، بل عباراته ، كأن يقف على الفقراء والمساكين أو جهة بر ، ويشترط إذا افتقر أحد ورثته أن يأخذ منه ما يكفيه وأهله بالمعروف إذا كان غرض الواقف ذلك ، فوقفه صحيح لا ريب فى صحته ، لأن الوقف صدر من أهله مستوفيا شروطه ، وكان على جهاته ، وليس فى شرطه

هذا مخالفة للمبادىء الشرعية فى شىء ولا محاربة لنظام المواريث الذى سنه الله ، ومن هذا النوع أن يقول الواقف مثلا أن لمن يركبه دين من ورثته ويعجز عن أدائه أن يسدد من غلات الوقف دينه ، ومثله كل شرط بنبىء عن الحاجة ، ويشعر بأن صرف الغلات إلى الوارث منوط بها ، لأن هذا يدل على أن الواقف ماقصد بهإيثاراً لبعض الورثة على بعض ، بل قصد إيثارذوى قرباه عند إحتياجهم، وذلك أمر مبرور يحث عليه الشرع ، ويدعو إليه .

أما إذا كان غرض الواقف حرماناً لبعض ورثته ، أو تطفيفاً لنصيبهم وزيادة نصيب الآخرين ، فذلك هو الذى نراه اثماً لا خير فيه ، وشراً لا بر معه لأن فيه معارضة لنص القرآن فى توزيعه الميراث ، ومحاربة لوصة الله تعالى التى أوصى بها عباده فى قوله تعالت كلماته : « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ،فإن كن نساء فوق إثنتين فلهن ثلثا ما ترك ، اون كانت واحدة فلها النصف ، ولأبويه لكل واحد منها السدس مما ترك أن كان له ولد ، فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثالث ، فإن كان له إخوة فلأمه السدس من بعد وصية يوصى بها أودين . آباؤكم وأبناؤكم لا تدرون أيهم أقرب لكم نفعاً فريضة من الله ، ان الله كان عليما حكيما .ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أودين ، ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أودين ، وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة ، وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس ، فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث من بعد وصية يوصى بها أودين ، غير مضار وصية الله ، والله عليم حكيم .

تلك هى وصية الله ، وتلك فريضته ، وكل من حاول أن يبطل وصية الله إطاعة لهوى النفس ونزغات الشيطان ، وتحت تأثير غضبات جامحة ، أومحاباة ظالمة فمحاولته مردودة عليه ، لأن من سعى فى التخلص من حكم من أحكام الله فسعيه

عليه رد ، ولأن حكم الله أحق بالاتباع ، وكتاب الله أهدى سبيلا وأعدل ، وليست أقوال الواقفين بمعتبرة أمام كتاب الله ، وإذا كان الأمر كذلك فكل وقف يقصد صاحبه منه مضارة الوارث ، أو نقص حقه فى فريضة الله التى فرضها ، ووصيته الموثقة التى أوصى بها ففعله اثم ، وإذا قام لدى القاضى الدليل على مقصده ، ووضعت بين يديه الدلائل على غرضه الآثم فعليه أن يبطل وقفه ، ويرد كيده فى نحره لأن الشريعة لا تحمى ما يناقضها ، ولا ترعى ما يناهضها .

١٨٩ — تلك حقائق واضحة لا يمارى فيها عالم ، ولا ينكرها مؤمن ، غير أن قوما دأبوا على التمسك بظاهر من القول ينكرون تلك البدهيات ، وينازعون فى صدقها ، ولذلك نسوق من لباب الشريعة ما يدل على أن كل فعل قد قصد فاعله غير ما شرعه الله له محارب للشريعة ، وأن كل تصرف ناقض فاعله بقصده مقصد الشرع منه ، وقام الدليل على قصده حكمنا ببطلان تصرفه ، ولا يصح للقضاء أن يقره ، فلقد جاء فى عبارات كتب الأصول ما يدل على أن العبرة فى العقود والتصرفات الشرعية إلى مقاصدها ونيات الفاعلين وأغراضهم ، وأن الاعتبار فى العقود والتصرفات ليس لألفاظها وصورها المادية ، ولكن لأغراضها والغايات التى يرمى إليها العاقدون والمتصرفون ، وهى مناط التقدير وعليها تجرى الأحكام الشرعية ، واستمع إلى ما يقوله الشاطبى فى الموافقات ، فهو يقول : « كل من ابتغى فى تكاليف الشريعة غير ما شرعت له ، فقد ناقض الشريعة ، وكل من ناقضها فعمله فى المناقضة باطل ، فمن ابتغى فى التكاليف مالم تشرع له ، فعمله باطل ، أما أن العمل المناقض باطل فظاهر ، فإن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد ، فإذا خولفت لم يكن فى الأفعال التى خولفت فيها جلب مصلحة ولا درء مفسدة[1] » ثم يسوق أدلة كثيرة على أن من ابتغى فى التصرفات الشرعية ما لم توضع له فهو الناقض لها ، وإنا نختار من بين هذه الأدلة ثلاثة هى : ـ

(١) الموافقات فى أصول الأحكام للشاطبى جـ ٢ ص ٢٣١

ا) أن الآخذ بالمشروع من حيث لم يقصد به الشارع ذلك القصد آخذ فى غير مشروع حقيقة ، لأن الشارع إنما شرعه لأمر معلوم بالفرض ، فإذا أخذ بالقصد إلى غير ذلك الأمر المعلوم ، فلم يأت بذلك أصلا ، وإذا لم يأت به ناقض الشارع فى ذلك الأخذ ، من حيث صار كالفاعل لغير ما أمر به ، والتارك لما أمر به .

ب) أن المكلف إنما كلف الأعمال من جهة قصد الشارع لها فى الأمر والنهى فاذا قصد بها غير ما طلب الله منه كانت باعتبار - قصد المكلف - وسائل لمآربه لا مقاصد للشارع إذ لم يقصد بها قصده ، لتكون مقصوده بل قصد بها قصداً آخر ، وما كان شأنه هذا فيه نقض لإبرام الشارع ، وهدم لما بناه ،

(حـ) أن القاصد لغير ما قصده الشارع من مشروعاته مستهزىء بآيات الله لأن من آياته أحكامه التى شرعها ، وقد قال تعالى بعد ذكر أحكام شرعها ، «ولا تتخذوا الله آيات هزواً» والمراد ألا يقصد بها غير ما شرعها لأجله[1].

وترى من هذا أن الشاطبى يحكم حكماً جازماً بأن كل تصرف شرعى قصد منه المتصرف غير مقصد الشارع مناهض للشريعة ، وكل تصرف كذلك فهو باطل ، ولئن طبقنا هذه القاعدة على مسألتنا ، لبدا لنا الحق واضحاً جلياً ، فإن الواقف الذى قصد مضارة الورثة لم يقصد بوقفه ما قصد الشارع من شريعة الوقف ، فقد قصد الشارع من شريعة الوقف أن يكون صدقة جارية ، وبرا لذوى الحاجات دائماً ، وينبوعاً أبدياً يدر الخيرات ، ولو تنزلنا إلى ما قاله الفقهاء لقلنا أن مقصد الشارع من الوقف الصرف فى فعل الخير المطلوب ، أو فى كل أمر محبوب ، ما دام لا أثم فيه ، فإذا أخرج الواقف الوقف من ذلك القصد السامى ، وقصد به مضارة الورثة بالحرمان ، أومضارة بعضهم بالنقص أو الحرمان ، وإعطاء الآخر محاباة واعتداء ، فقد خرج بالوقف عن شرعته العادلة إلى فكرة

---

(١) مأخوذ بتصرف قليل من الموافقات حـ ٢ ص ٢٣١ ، ٢٣٢

ظالمة ، فيكون مناهضاً لقصد الشرع ، فيرد عليه عمله .

١٩٠ — ولا نريد أن نترك تلك القاعدة الجليلة قاعدة أن العبرة فى العقود إلى موافقة الغرض لمقصد الشارع منها ، وأن المتصرف أو العاقد ان قصد غير مقصده فقد سلك غير سبيله ، وكان عمله باطلا ، لا نريد أن نترك تلك القاعدة من غير أن ننقل شيئاً مما قاله ابن القيم فى هذا المقام ، فقد عقد فصلا لبيان أن الحكم فى التصرفات يرجع إلى مقصد المتصرف ، فإن وافق مقصد الشارع استقام ، والا بطل تصرفه وجاء فى ذلك الفصل . « قد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصود فى العقود معتبرة وأنها تؤثر فى صحة العقد وفساده ، وحله وحرمته ، بل أبلغ من ذلك ، تؤثر فى الفعل الذى ليس بعقد تحليلا وتحريماً فيصير حلالا تارة ، وحراماً تارة أخرى باختلاف النية والقصد ، كما يصير صحيحا تارة ، وفاسدا تارة أخرى باختلافها . . . »

« ولذا لو أكل طعاماً حراماً يظنه حلالا لم يأثم به ، ولو أكله وهو حلال يظنه حراماً وقد أقدم عليه أثم بنيته ، وكذلك لو قتل من يظنه مسلماً معصوماً ، فبان حربياً أثم بنيته ، ولو رمى يقصد صيداً فأصاب معصوماً لم يأثم ، ولو رمى يقصد معصوماً ، فأخطأه وأصاب صيداً أثم فالنية روح العمل ولبه وقوامه ، وهو تابع لها ، يصح بصحتها ، ويفسد بفسادها ، والنبى صلى الله عليه وسلم قد قال كلمتين كفتاً وشفتاً ، وتحتهما كنوز العلم ، وهما قوله : « إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل إمرىء ما نوى » ، فبين فى الجملة الأولى أن العمل لا يقع إلا بالنية ، ولهذا لا يكون عمل الإبنية ، ثم بين فى الجملة الثانية أن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه وهذا يعم العبادات والمعاملات ، والأيمان والنذور وسائر العقود والأفعال ، وهذا دليل على أن من نوى بالبيع عقد الربا حصل له الربا ، ولا يعصمه من ذلك صورة البيع وأن من نوى بعقد النكاح التحليل كان محللا ، ولا يخرجه من ذلك صورة عقد النكاح[1] » .

---

(١) إعلام الموقعين ص ٣ ج ٩٦ ، ٩٧ ، ٩٨ .

وفى الحق أن الشريعة الإسلامية مع أنها قانون يتعلق بتنظيم الجماعات والسير بها فى منهاج الكمال تستمد قوتها من الدين، وتصدر عنه، وتستقى من ينابيعه الصافية، والأديان كما تنظر إلى الصور الظاهرة فى العقود والتصرفات تتجه فى أحكامها من حيث الثواب والعقاب، والتحليل والتحريم إلى البواعث والدوافع والأغراض والمقاصد التى يرمى إليها المتصرفون والعاقدون من تصرفاتهم، فالدين كالقانون الخلقى ينيط حكمه فى التأثيم والتحليل إلى الغرض والدافع لا إلى الصور المادية للعقود والأفعال، ولقد ورد فى الأثر الصحيح «الأثم ما حاك فى الصدر وكرهت أن يطلع عليه الناس فاستفت قلبك وأن أفتاك الناس وأفتوك». وقد يعاقب الدين على النية وعلى العزيمة المعقودة وان لم ينتج لها أثر فى الحس إذا فات العمل بغير إرادته، وقد يثيب على عزمة الخير وان لم تحقق فى الوجود، لأن الأديان تخاطب فى الإنسان وجدانه، وعملها تهذيبه، وإيقاظ الضمير، وتربيته وتكوينه.

لذلك كله نظرنا فى عمل الواقف إلى غرضه ومقصده ونياته الخفية والظاهرة، وبواعثه المعروفة والدفينة، لأنه أمر دينى، وشريعة محمدية، ولأنه فوق ذلك يرتفع إلى مراتب الصدقات وأفعال البر، وعلى الواقف أن يستفتى قلبه، وإن أفتاه الناس وأفتوه، ونقول إن الواقف إن كان غرضه المضارة بوارثه، والباعث على وقفه محاربة الله فى قسمته فعمله باطل، وإن ظهرت بين يدى القضاء قرائن تدل على غرضه وجب أن يبطله، أو يبطل الشرط.

١٩١ — وقد يقول قائل: إن الأغراض والبواعث خفايا الصدور، وأمور قد انطوت عليها القلوب، فلا يعلمها إلا علام الغيوب، فنقول له، ان القاضى الأريب يستطيع بجهد يسير أن يعرف أغراض الواقف من وقفه بطريقين كلاهما معبد، لا ترى فيهما عوجاً ولا أمتا: (أحدهما) أن يناقش الواقف فى البواعث الدافعة للوقف، وفى العوامل التى حفزته إلى الشروط التى يشترطها، والمصارف التى يذكرها، وإنى أعتقد أن مساجلته القول فى ذلك عند الإشهاد

تكشف عن حقيقة نيته ، وخفى طويته، بل كان أكثر الواقفين فى الماضى يصرح بما يبغى من وقفه تصريحاً لا ليس فيه و لا إبهام ، ولا يتعمد الستر والكتمان ، وإن كان عند تقييد الوقف فى وثيقته لا يصرح إلا بما يرضاه الفقه والفقهاء من غير خلاف ، وإذا علم القاضى أنه يقصد من وقفه حرمان بعض الورثة من ميراثهم فواجب عليه إذن أن يرشده إلى مالا إثم فيه ، و أن يأخذ بيده إلى ما فيه الخير ، فإن أنغض رأسه ، وأصر على مقصده امتنع القاضى عن تسجيل ذلك فى سجله ، وعن أخذ إشهاد به يعطيه قوة الحق الثابت المبين ، وإذا كان ذلك واجباً على القضاء الإسلامى ، فواجب على الدولة التى لم تلغ الوقف الأهلى أن تمكن القاضى من أدائه ، وذلك بأن تعطيه قوة يستطيع بها أن يرشد ويجاب إلى ما يرشد إليه ، وإلا أعطته قوة الإمتناع عن تسجيل ما فيه ذلك الأثم ، وهو حرمان الورثة من ميراثهم وإن شكا طالب التوثيق نظرت المحكمة فى شكواه .

(وثانيهما) أن يدرس نصوص الأوقاف السابقة فى البلاد التى لا يزال فيها الوقف الأهلى ويتعرف من بين ثناياها أغراض الواقف ، وان المتأمل البصير ليرى فيما بين دفات كتب الأوقاف السابقة غرض الوقف يلوح كوضح الصبح لذى عينين ، وأنه يتبين من جمع متفرق كتاب الوقف ، ورد مقدمه إلى متأخره ، وحواشيه إلى صلبه حقيقة الباعث على وقفه ، وأنى أسوق إستشهاداً لذلك كتابى وقف وجدتهما فى سجلات محكمة مصر الشرعية ، ولم أحصل عليهما بعد بحث وتنقيب ، لأن عباراتهما مألوفة لدى كل من له إتصال بشئون الوقت عن قرب أو بعد .

والكتاب الأول منها مؤرخ بتاريخ ١١ يناير سنة ١٩١٢ ، ويتضمن وقف منزل ، وجاء فيه عند ذكر المصارف : « أنشأ وقفه من تاريخه على نفسه ، ينتفع بذلك بسائر وجوه الانتفاعات الشرعية مدة حياته ، ثم يكون وقفاً على ما يبين فيه ، فالنصف من ذلك يكون وقفاً على أولاده كذلك ، ثم على أولاد أولاد أولاده كذلك ، ثم على ذريتهم ونسلهم وعقبهم كذلك ، طبقة ، وجيلا بعد جيل . . والنصف باقى الموقوف المذكور يكون وقفاً على زوجة الواقف

المذكور هى فلانة بنت المرحوم فلان فإذا ماتت أو طلقت من الواقف المذكور فى حياته ، ومات وهى على غير عصمته ، أو تزوجت بعد وفاته بغيره يكون نصيبها الموقوف عليها المذكور مضماً وملحقا بالنصف الموقوف على أولاد وذرية الواقف المذكور أعلاه ، ويكون حكمه كحكمه وشرطه كشرطه » .

هذه زبدة ما جاء فى ذلك الكتاب خاصاً بمصارفه المتعلقة بأولاده وزوجه ، وهو نص يتشابه كثيراً فى تعابيره ومرامى عباراته مع كتب أوقاف كثيرة ، ولذلك نلق عليه نظرة فاحصة منها يبين غرضه للقارىء الكريم ، وأول ما نلاحظه على كتاب الوقف أنه جعل الاستحقاق الأول لنفسه ، ما دام حياً ، وقد علمت فى أثناء كلامنا فى الوقف على النفس، ثم على الأولاد كيف اتخذ طريقاً لمحاباة بعض الورثة فى كثير من الأحيان ، بل تلك كانت نظرة السادة المالكية رضى الله عنهم فى منعهم الوقف على النفس ، كما جاء فى فتح البارى ، فقد قال : « وجمهور المالكية على المنع (أى منع الوقف على النفس) إلا إذا استثنى لنفسه شيئاً يسيرا ، بحيث لا يتهم أنه قصد حرمان ورثته »[1] وقد بينا ذلك فى موضعه من بحثنا هذا فتقدم الوقف على النفس أمر يدفعنا إلى الظن بأنه يقصد من هذا الوقف توزيعاً يخالف به توزيع الميراث ، ولا يقصد به مطلق التصدق ، أو التبرع فى حال الحياة لمن يحب وهو لعمرى يكاد يكون وصية قد لبست لبوس الوقف ، وظهرت فى ثيابه وأشكاله والوصية للوارث محاباة له من غير ريب . وبعد هذه الملاحظة نلاحظ أنه قسم الوقف بعد وفاته إلى نصفين : (أحدهما) لأولاده وذريته ، وثانيهما لزوجة ، وما جعله لأولاده جعل الذكر فيه مثل الانثى ، وما جعله لزوجته قيده بقيود، فالغلة لها إلى وفاتها ، وتذهب إذا تزوجت بعد وفاته ، أو كان قد طلقها فى حياته ثم مات ،وليست على عصمته ، وإذا انتهى استحقاقها عادت إلى أولاده ، فهو أولا أعطى الزوجة فى حياتها أكثر مما قسم الله ، أعطاها الله الثمن ، وأعطاها

---

[1] راجع فتح البارى حـ ٥ ص٢٦٢ .

هو النصف فى حياتها ، ولا شىء لورثتها من بعدها ، وأعطاها الله نصيبها وأباح لها الزواج ، وهذا حرم عليها الزواج ، وإذا كان ذلك الوقف هو كل ما يملك الواقف ، فلا ريب عند القارىء فى أن الواقف قصد تقسيم تركته بغير ما قسم الشرع وتلك ، تلك إذن قسمة ضيزى ، فيجب إبطالها .

أما الكتاب الثانى وهو مؤرخ بتاريخ ١٨ فبراير سنة ١٩١٢ فهو خاص بوقف ١٠٩ ف ، وقد جاء فيه خاصا بمصارفه المتعلقة بأسرته ، « وأنشأ حضرة الواقف المذكور وقفه هذا من تاريخه على نفسه ، ينتفع بذلك ، وبما شاء منه بسائر وجوه الانتفاعات الشرعية مدة حياته ، ثم بعد وفاته يكون ذلك وقفا على مايبين فيه ، فالأطيان التى قدرها ٧٢ فدانا ، وقيراط واحد ، وعشرون سهما الكائنة بزمام . . . تكون وقفا على كريمته القاصرة ، وهى (فلانة) المرزوقه له من زوجته التى فى عصمته . وهى الست(فلانة)الإسرائيلية بنت المتوفى فلان الإسرائيلى ، وتنتفع بذلك كانتفاع والدها الواقف المومأ إليه ما دامت باقية على دين الإسلام ، وبشرط أن تتزوج برجل مسلم مدة حياتها ، فإن خرجت عن دين — الإسلام ، أوتزوجت برجل غير مسلم ، أو ماتت يكون ذلك وقفا على من يوجد لها من الأولاد المسلمين ذكورا وأوناثا ، للذكر منهم مثل حظ الانثيين ، ثم على أولاد أولادها كذلك ، ثم على ذريتهم ونسلهم وعقبهم كذلك ، طبقة بعد طبقة ، فإذا توفيت فلانة المذكورة عن غير عقب ولاذرية من الموقوف عليهم ، أو كانوا وانقرضوا ، أو خرجت عن دين الإسلام ، وكان أولادها وذريتها غير مسلمين ، أو تزوجت برجل غير مسلم كان ما هو موقوف عليها ، وقفا على من يوجد للواقف الموما إليه من الأولاد المسلمين — ذكورا وإناثا ، للذكرمنهم مثل حظ الأنثيين ، ثم على أولادهم فى كل الطبقات ، طبقة بعد طبقة . . وإذا لم يكن للواقف الموما إليه أولاد ولا ذرية مسلمين ، أوكانو وانقرضوا يكون ماهو موقوف على كريمته (فلانه) المذكورة وقفا مقسما إلى أربعة وعشرين قيراطا

بخمسة قراريط تكون وقفا على فلان القاصر نجل حضرة . . . بك أحد الشهود وخمسة قراريط من ذلك أيضا تكون وقفا على الست فلانه كريمة المرحوم الشيخ فلان بن المرحوم الشيخ فلان عم الواقف المذكور سوية بينهم . . والأطيان التى قدرها ٣٧ فدانا تنتفع بها الست فلانه الإسرائيلية زوجته مدة حياتها ، كانتفاع ، المذكور مادامت عزبا لم تتزوج بعد وفاة الواقف بغيره ، ولم تخرج من عصمته لا بطلاق ولا بغيره ، فإن ماتت أو طلقها الواقف فى حياته أو تزوجت بعد وفاته بغيره كان ماهو وقف عليها وقفا مضما وملحقا إلى ابنتها كريمة الواقف فلانة . . . . ألخ . . ألخ .

هذا هو الكتاب الثانى من الكتابين اللذين أردنا أن نستشهد بهما ونرى أن الملاحظات التى لاحظناها على الكتاب السابق تلاحظ هنا أيضا ، ونزيد عليها أنه قد يستفاد من مضمون هذا الكتاب أن الواقف كان له ابن عم مثلا ، كما يستفاد من إشارات الكتاب وثناياه أن الواقف لم يكن له ذرية سوى ابنته التى وقف عليها ، وكان ورثته إذن بنته وابن عمه ، فهو لم يرد أن يأخذ ابن عمه ما أعطاه الله ، وما جعله الله حقا مقسوما وقدرا معلوما ، وجعل وقفه بعد وفاته بين ابنته وزوجته الإسرائيلية بالشروط التى ذكرها ، حتى إذا لم يكن للوقف بعد ابنته مصرف إلا جهة البر التى ذكرها جعل لابن عمه خمسة قراريط من أربعة وعشرين وقد كان يستحق بحكم الله نصف التركة تعصيبا ، وقد حدثنا أحد القائمين بأعمال المحفوظات فى محكمة مصر الشرعية أنه على ذكر ممن أحاط بهذا الوقف وأهله علما ، وقال إن هذه الأطيان كانت هى كل ما يملك الواقف ، وإذا كانت الحال هكذا كما أخبر ذلك الراوى الثقة ، فنحن إذن لانشك فى أن عمله ما كان يقصد به الا محاباة بعض ورثته ، ومضارة آخرين ، وهو فى ذلك يسير وراء هوى ملح وشهوة جامحة ، وتحت سلطان رغبات دنيوية سيطرت عليه .

مما سبق يتبين لنا جلياً أن القضاء فى البلاد العربية التى تطبق نظام الوقف الأهلى

يستطيع بنظراته الفاحصة الكاشفة أن يتبين أن أغراض بعض الواقفين من أوقافهم لم تكن هى المقاصد التى شرعها الله سبحانه وتعالى فى الوقف، ومن أجلها أباحه ودعا إليه، وإذا كانت تلك الأغراض فى الاستطاعة تعرفها، وفى الأحكام استبانتها، يجب على القضاء بمعاونة أولى الأمر بما يسنون من قوانين أن يعمل على إذهاب مافيها من حيف، وذلك بردها إلى الشرعة العادلة، والسنة القويمة، وقسمة الله السامية، فهى أوثق وأحق، وعلى ذلك يجب أن تقسم بأمر القاضى بعد نظره — غلات كل وقف تبين أن قصد الواقف منه مضارة الورثة، على مقتضى تقسيم الميراث الشرعى العادل، وتوزع على طبقاتهم على ذلك التقسيم، حتى إذا انقرضوا كان الوقف على جهة البر المعروفة، ولسنا فى ذلك الرأى بدعا، بل قد سبقنا الظاهرية إلى ما يشبهه، فقد جاء فى المحلى: «والتسوية بين الولد فرض فى الحبس لقول رسول ﷺ اعدلوا بين أبنائكم. فإن خص بعض بنيه فالحبس صحيح ويدخل سائر الولد فى الغلة والسكنى مع الذى خصه، برهان ذلك أنهما متغايران بنص كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدهما تحبيس الأصل فباللفظ تحسبيه يصح لله تعالى بائنا عن مال المحبس، والثانى التسبيل والصدقة فإن وقع فيها حيف ردا ولم يبطل خروج الأصل محبسا لله عز وجل ما دام الولد أحياء، فإذا مات المخصوص بالحبس رجع إلى من عقب عليه بعده وخرج سائر الولد عنه، لأن المحاباة قد بطلت، وبالله تعالى التوفيق».

والمشابهة بين ما نقول، وما يقوله ابن حزم بينة، فهو يعدل شرط الواقف إلى ما يتفق مع قول الرسول صلى الله عليه وسلم، ونحن نعدل شرط الواقف إلى ما يتفق مع كتاب الله وتقسيمه فى الميراث، والمبرر للتعديلين واحد، فإذا جوز فى هذا فليجوز فى غيره.

١٩٢ — وابن القيم يبطل كل شرط يجانف الإثم، ويوجب على القاضى

ألا يحترمه وقد بينا ذلك فيما أسلفنا عند الكلام فى مقدمة شروط الواقفين ، والآن ننقل عنه تفصيلا يمس موضوعنا ، فقد قال فى إرشاد المفتى : « إذا سئل عن مسألة فيها شرط واقف ، لم يحل له أن يلزم بالعمل به ، ولا يسوغه على الإطلاق حتى ينظر فى ذلك الشرط ، فإن كان يخالف حكم الله ورسوله فلاحرمة له ولا يحل تنفيذه ولا يسوغ ، وإن لم يخالف حكم الله ورسوله ، فلينظر هل فيه قربة ولا رجحان لغيرها عند الشارع أم لا ، فإن لم يكن فيه قربةولا رجحانلم يجب التزامه ولم يحرم ، فلا تضر مخالفته ، وإن كانت فيه قربة وهو راجح على خلافه فلينظر هل يفوت بالتزامه والتقييد به ما هو أحب إلى الله ورسولة وأرضى له ، وأنفع للمكلف ، وأكثر تحصيلا لمقصود الواقف من الأجر ، فإن فات ذلك بالتزامه لم يجب التزامه ولا التقييد به قطعاً وجاز العدول بل يستحب إلى ما هو أحب إلى ورسوله ، وأرضى له ، وأنفع للمكلف » .

وإذا جوز ابن القيم مخالفة شرط للواقف فيما لاقربة فيه بل بما فيه منفعة ، ووجد ماهو أحب منها ، وأكثر نفعا وتحصيلا ، أفلانخالف نحن شرط الواقف ، فيما فيه معارضة لله سبحانهوتعالى . ومحاربة لتقسيم الميراث .

١٩٣ — وقد يقول قائل ان الواقف انما وقف ماله على اشخاص ارتضاهم ، ولم يرض بنقله لغيرهم ، وإن كان الانفاق عليهم أفضل من الانفاق على الموقوف عليهم ، وقد أجاب عن مثل ذلك ابن القيم اجابة محكمة فقال : « ان الله سبحانه وتعالى ملكه (الواقف) المال ، لينتفع به فى حياته ، وأذن له أن يحبسه ، لينتفع به بعد وفاته ، ولم يملكه أن يفعل به بعد موته ما كان يفعل به فى حياته ، بل حجر عليه وملكه ثلثه يوصى به بما يسوغ أن يوصى به ، حتى ان حاف أو جار أو أثم فى وصيته ، وجب على الوصى والورثة رد ذلك الجور والحيف والاثم ، ورفع الله سبحانه الاثم عمن يرد ذلك الحيف والاثم من الورثة

والأوصياء، وهو سبحانه وتعالى لم يملكه أن يتصرف فى تحبيس ماله بعده إلا على وجه يقرب به إليه ويرضاه ، لا على أى وجه اراد، فلم يأذن الله ورسوله للمكلف أن يتصرف فى تحبيس ماله بعده على أى وجه اراده أبداً ، فأين فى كلام الله ورسوله أو أحد من الصحابة مايدل على أن اصاحب المال أن يقف ما أراد على من أراد ، ويشترط ما أراد ، ويجب على الحكام والمفتين أن ينفذوا شرطه ؟ » .

وإذا كان من الواقفين من يقف مضارة بالورثة فنحن لا نعمل بذلك الشرط الذى لا يقره شرع الله ، ولنا فى ذلك أسوة بما قاله هؤلاء العلية من العلماء ، وعلى ضوء تفكيرهم نسير ، وهو الحق الذى انساغ فى نفوسنا وأقرته ضمائرنا الدينية .

هذا ولا ننسى أن نقول انه ليس كل واقف على ذريته أو ورثته يقصد تلك المحاربة ، وهذه المضارة ، بل من الناس من يقصد أغراضاً دنيوية أخرى غير هذه ، وليس فيها معارضة لكتاب ولا سنة ، فمن الناس من يريد بوقفه أن يحصن تركته من تصرفات السفهاء من الوارثين ، بأن يقفها ، ويجعل غلاتها عليهم ، ويجمع بذلك بين قصد القربى ، ومصلحة الورثة ، ومن الناس من يقف على ورثته خشية أن تنزل به جائحة مالية تأكل الاخضر واليابس فلا تبقى ولا تذر ، فهو يحصن ماله لورثته من هذه الجائحات بهذا الحبس ، ومن الناس من يقف على ورثته أرضه ، فيقف على كل واحد قطعة من الأرض متميزة عن غيرها لكيلا يتنازعوا من بعده ، وكل هذه أغراض لا تعارض مقاصد الشرع ، ولا تحارب حكماً منصوصاً عليه فى الكتاب أو السنة مادامت لم تحارب نظام المواريث ، بل اتفق التوزيع فيها مع توزيع القرآن الكريم وليس لنا اعتراض بوجه من الوجوه عليها ، لأنها لا تنازع أمراً مقرراً فى الشرع ، ولا نصاً صريحاً فيه ، ولا ظلم ولا عدوان لأحد فيها .

١٩٤ — هذه نظرة سريعة عاجلة قد ألقيناها على الاحباس التى تتعلق بالورثة بالحرمان ، أو بالنقص ، أو بالمحاباة ، ومن الظلم للتاريخ والعلم أن ندعى أن أحداً من الأئمة رضوان الله عليهم لم يشر اليها، أو لم يستنكرها إن عرضت لخاطره أوحدثت حادثة استفتى فيها ، فأقر وقفاً قصد واقفه فيه مضارة الورثة ، وتبين قصده من لحن قوله ، فهذا أبو حنيفة رضى الله عنه كما علمت (عند الكلام على حقيقة الوقف) خشى عـــلى الميراث من الاحباس ، فمنعها ، ولم يقرها إلا على وجه التصدق بالغلة والتبرع بها فى حياته ، وهذا مالك رضى الله عنه ، قد أنكر كل شرط من شروط الواقفين فيه حرمان البنات مطلقا ، أو حرمانهن أن تزوجهن ، وقد جاء فى المدونة الكبرى : « ذكر عن أبى بكر بن حزم أن عمر بن عبد العزيز كتب إليه أن يفحص عن الصدقات ، وكيف كانت أول ما كانت ، قال فكتبت إليه ، أذكر له أن عمرة بنت عمران ذكرت لى عن عائشة أنها كانت إذا ذكرت صدقات الناس اليوم وإخراج الرجال بناتهم منها تقول : ماوجدت للناس مثلا اليوم فى صدقاتهم إلا كما قال الله عز وجل : « وقالوا مافى بطون هذه الأنعام خالصة لذكورنا ومحرم على أزواجنا ، وإن يكن ميتة فهم فيه شركاء » والله أنه ليتصدق الرجل بالصدقة العظيمة على ابنته ، فترى غضارة صدقته عليها ، وترى ابنته الاخرى . وانه ليعرف عليها الخصاصة ، لما أبوها أخرجها من صدقته ، وإن عمر بن عبد العزيز مات حين مات ، وانه ليريد أن يرد صدقات الناس التى أخرجوا منها النساء ، وأن مالكا ذكر أن عبد الله بن عمرو ، وزيد بن ثابت حبسا على أولادهما دوراً ، وأنهما سكنا فى بعضها ، فيدل قول عائشة على أن الصدقات فيما مضى ، إنما كانت على البنين والبنات ، حتى أحدث الناس إخراج البنات ، وما كان من عزم عمر بن عبد العزيز على أن يرد ما أخرجو منها البنات يدل على أن عمر ثبت عنده أن الصدقات كانت على البنين والبنات . »

ولم يكن فى مذهب مالك منع الحبس على البنين دون البنات فقط ، بل فيه أيضاً

المنع من تقييد استحقاق البنات بعدم الزواج ، وقد جاء فى مواهب الجليل شرح مختصر خليل فى أثناء ذكر الشروط التى لاتجوز : « ومن ذلك اشتراط إخراج البنات إذا تزوجن »

ومع اتفاق المالكية على أن اشتراط منع البنات مطلقاً من الوقف ، أو منعهن أن تزوجن من الشروط الممنوعة اختلفوا فى الوقف على هذا الشرط على أقوال كثيرة يجمعها خمسة : أحدها أن الوقف يفسخ على كل حال ، وإن حازه الموقوف عليهم حيازة تامة ، لأنه وقف لابسه منهى عنه ، فيبطل ويرد على صاحبه ، وثانيها أنه يفسخ ويرجع للمالك ما لم يحز عنه ، فإن كان قد حيز عنه لم يفسخ ، للزوم العقد بتمام أركانه ، وإن كان ذلك لا يمنع الإثم أو الكراهة ، وثالثها أنه يفسخ ويدخل فيه البنات وإن حيز عنه ، لأنه منع لحقهن فيفسخ لرد حقهن إليهن ، ورابعها أنه يفسخ ويدخل فيه البنات مالم يحز عنه ، فان حيز عنه ، لم يدخلن إلا برضا المحبس عليهم ، والخامس أنه لا يفسخ ولا يدخل فيه الإناث وإن لم يحز عنه إلا برضا المحبس عليهم .

١٦٥ — وترى من هذا أن الإجماع فى مذهب مالك على تأثيم من وقف على بنيه دون بناته ، أو جعل استحقاق بناته مقيداً بعدم الزواج ، وأن بعضهم جعل ذلك التأثيم علة للإبطال ، وبعضهم لم يجعل التأثيم علة للإبطال ، لأن الفعل قد يصح مع أن النهى يصاحبه مادام لايؤثر فى ركنه ، وهى مسألة لها موضعها فى أصول الفقه .

والمقصود من هذا السياق فى بحثنا أن نعرف أن بعض الأئمة لما لاحظ فى شروط الواقفين من محاربة للمواريث فى ناحية من نواحيها ، كره ذلك الشرط ، وضاق به ذرعاً ، وأبطله فى بعض المفهوم من أقواله ، فعلى أى شكل يكون رأيه إذا رأى أحباس هذا الزمان قبل إلغاء الوقف الأهلى ، وجلها أو على الأقل كثير منها تحفز إليه رغبة جامحة فى محاباة بعض الورثة وحرمان غيرهم ، أو حرمانهم جميعا ؟

ولا شك أن انحراف كثيرين من الواقعين هذا الإنحراف أوجب التفكير فى وضع حد له ، وقد جاء بذلك القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٩ ، ولكنه لم يعالج الظلم ، بل حمى فقط بعض الورثة .

حماية بعض الورثة ونقد ذلك

١٩٦ — لقد جاء فى قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ حماية بعد الوارثين ، فى القدر الذى منع المالك من التصرف فيه لأجل حق الورثة ، وهو الثلثان ، أما الثلث فقد أجيز له أن يقفه كما يشاء ، ولمن شاء ، لأن الشارع أعطاه حق التصرف فيه بعد وفاته ، فأولى أن يجوز له التصرف المنجز بالوقف فى حياته .

والورثة الذين اختصهم القانون بالحماية ، فجعل لهم استحقاقاً واجباً ، هم الوالدان الأب والأم ، والزوج والورثة من الذرية ، سواء أكانوا أصحاب فروض أو عصبات أم كانوا ذوى أرحام عندما يئول الميراث إليهم بأن لم يكن أحد من أصحاب الفروض النسبيين ، ولا أحد من العصبات ، فإن القانون حماهم أيضاً مع أن ميراثهم ، ليس موضع اتفاق بين الفقهاء أصحاب المذاهب ، فمالك والشافعى لم يحكما بميراثهما ، ومع أنه لم يرد نص قطعى صريح بميراثهم .

وبمقتضى هذا لو كان للشخص ورثة هم أخته الشقيقة ، وأخوه الشقيق . وقد وقف كل ما يملك على أى جهة فالوقف صحيح ليس لأحد عليه اعتراض كائناً من كان ، وإن كان وارثه بنت بنته ، فإنه يكون الاعتراض فى الثلثين اللذين هما حق ذات الرحم هذه ، مع أن ميراث الأشقاء ثبت بنص القرآن فى قوله تعالى : « يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد ، وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد ، فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك ، وإن كانوا أخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين ، يبين الله لكم أن تضلوا ، والله بكل شىء عليم » .

فكأن الذين ارتضوا هذه الحماية لبعض الورثة دون الحواشى والأجداد والجدات ، يؤثرون بالحماية من لم يرد نص صريح بتوريثهم ، وأنكر حقهم فى الميراث مالك والشافعى ، ويتركون حماية من نص القرآن الكريم على توريثهم

فى عبارة قطعية الدلالة ، لا تقبل الجدل ، وكأنهم ليسوا وارثين .

نأخذ ذلك على واضعى هـــذا القانون من رجال الفقه الإسلامى ، وقد وجهنا به نقداً شديداً ونشرناه ، والقانون مشروع ، ولـكن لم نجد سميعاً .

١٩٧ — وإن الباعث على الاستحقاق الواجب فى الوقف كان يقتضى التعميم لا التخصيص ، فقـد ذكروا فى المذكرة التفسيرية التى اقترنت بالمشروع فى أدواره الأخيرة أن الباعث على شرعية الاستحقاق الواجب ، هو ما أفرط فيه بعض الناس من حرمان بعض الورثة ، كحرمان البنات وإيثار البنين ، فوضعت مواد الاستحقاق الواجب لتمنع ذلك ، ولقد جاء فى المذكرة التفسيرية ما نصه :

« ومن الناس من يستولى عليه حب الخير والعمل له ، أو مناصرة بعض الفنون فينخلع عن أمواله عن طريق الوقف لتلك الجمعيات غير مبال بأهله وذريتهم ، ويتركهم عالة يتـكففون ، ومن الواقفين من يستأثر به الحب المقرب من زوجه أوبعض ولده ، فيحمله على اختصاصه هو وذريته عن طريق الوقف بجميع أمواله أو بالحظ الأوفر منها ، ويبقى سائر أولاده وذويه من المحرومين تأكل نفوسهم نار الحقد والضغينة ، ولا يعلم إلا الله مبلغ ما يجره ذلك من المآسى والمصائب ، ومنهم من يبلغ به الغضب مبلغـه فى ساعة اضطراب نفسى أو لوشاية واش ، أو لضعف إرادته أمام فريق من الناس ، فيجعل كل ماله أو أكثره وقفاً على غير أهله وذويه مع أنهم أحق الناس برحمته ، وأولاهم ببره ، وقد يكونون أحوج إلى ماله من غيرهم ، فرغبة فى اجتناب مثل هذه المآسى ، واقتداء بالهدى النبوى وعملا بروح الشريعة المحكمة ، ورعاية للنفع العام فى عصر ضعف فيه الوازع الدينى وطغت فيه المؤثرات المختلفة ، ومراعاة لاتساق التشريع ، والمقارنة بين أحكام الوصية والوقف ، رؤى الحد من حرية الواقفين فى هذا السبيل ، ووضع الأحكام الآتية ، وهى أحكام متفقة تمام الاتفاق مع روح الشريعة !! » .

هذه فقرات جاءت فى المذكرة التفسيرية للقانون فى آخر أدواره ، ومنها ترى أن السبب الذى أوجب ذلك الاستحقاق الواجب هو حماية الأسرة من أن تقع فيها العداوة والبغضاء ، ومنع الملاك أن يفرطوا فى غضب ، فيمنعوا ورثتهم من استحقاقهم ، وحماية الورثة من هوى جامح تحت تأثير عاطفة ، أو حب للخير ، واعتبار الوقف فى هذا كالوصية لا تطلق الحرية فيه للواقف ، كما لا تطلق الحرية للموصى ، ويقيد فيهما بالثلث لا يتجاوزه ، وان ذلك بلا ريب كان يوجب التعميم ، فيحمى كل وارث سواء أ كان من الفروع أم كان من الحواشى لأنهم جميعاً ورثة ، بل إن بعض الذين حرموا من هذه الحماية أحق من بعض من أوثروا بها ، إلا إذا كان الذين وضعوا القانون يرون أن ذوى الأرحام أولى بالميراث من الإخوة والأخوات الذين ثبت ميراثهم بنص من القرآن كما تبين فيما تلونا من قرآن كريم .

ثم إن الاتساق القانونى الذى دفعهم لأن يجعلوا الوقف كالوصية كان يتقاضاهم أن يحموا من تصرف الواقف فى الثلثين كل الورثة لافرق بين وارث ووارث ، إلا بما فضل الله به سبحانه وتعالى بعضهم على بعض ، لا أن يحموا بعضهم دون بعض ، وإلا كان ذلك اضطرابا قانونيا لا اتساق فيه . وتضاربا بين النواحى القانونية لا تنسيق معه ، لأن الوصية تحمى الورثة جميعاً من غير فارق بين فروع وأصول وحواش .

١٩٨ — وقد يقول قائل ان الوقف تصرف منجز وصدقة عاجلة ، فإذا تدخلنا لحماية بعض الوارثين بالمنع ، فلا بد أن يكون ذلك التدخل فى أضيق دائرة ، ولأمس الحاجة ، فاخترنا من الورثة أقربهم إليه ، وألصقهم به ، وأكثرهم احتياجا .

وإن لذلك القول مقامه لو كانوا يشرعون ميراثا جديدا يتخيرون فيه مايرونه أحق ، ويذرون ما ليس جديرا بالاستحقاق ، إذ أنهم اختاروا بعض الورثة ، وتركوا الآخرين ، فإما أن يكون الأساس هو التوريث الشرعى واعتبار الوقف محاربة لذلك التوريث إن لم يكن على مقتضى القسمة الشرعية كالوصية فى بعض

أحوالها ، وإما أن يعتبروا الوقف تصرفا منجزا فى الصحة ليس لأحد سبيل على المالك فيه ، فله أن يتصرف فى ماله بسلطانه كما يشاء من غير تدخل أحد ، وان ذلك يؤدى بلا ريب إلى ألا يتعرضوا لتصرفه قط ، ويكون الشأن فى الوقف كالشأن فى الهبة على سواء ، وكما أن الشخص له أن يهب فى صحته لمن يشاء ، فكذلك له أن يقف ماله فى صحته على من يشاء ، والفرض الأول يؤدى إلى حماية كل وارث ، وان لحرى كلامهم أنهم اعتبروا الوقف كالوصية، ولكنهم أرادوا أن يحموا بعض الورثة ، فاختصوا بالحماية أحد الزوجين والأب والأم ، والفروع الوارثين،أيا كانت درجة توريثهم ولم يعتبروا غيرهم ، ولقد سمعنا كلا مافى ذلك من بعض المدافعين عن ذلك الجزء من القانون ، فقد قالوا أنهم يريدون حماية الأسرة بمعناها الأخص ، فقصروها على المذكورين ، وكان حقاً عليهم وقد اختاروا ذلك ألا يقولوا انهم ينفذون روح الشريعة ، لأنهم ينفذون قانونا آخر غيرها ، وفوق ذلك هم لم يفسروا الأسرة بالمعنى الأخص ، بل أدخلوا فى الفروع ذوى الأرحام ، وهم من أسرة أخرى غير أسرة المتوفى ، ولكن هكذا فكروا وأرادوا ، وكان ما أرادوا قانونا ولا يزال معمولا به .

١٩٩ — وان قياسهم فى هذا المقام الوقف على الوصية هو فى الواقع قياس غير مستقيم فى كل الأحوال ، لأن الوصية تصرف لا تظهر آثاره إلا بعد الوفاة ، أما الوقف فى جملة أحواله تصرف تظهر آثاره من وقت تمام إنشائه ، ولكنه يأخذ معنى الوصية إذا كان الوقف أولا على النفس ، ثم يكون على من يشاء ، فإن الوقف على النفس لاتخرج فيه ثمرات الملك عن المالك إلا بعد وفاته ، فكان فى حقيقة أمره يؤدى مؤدى الوصية ، وإن لم يكن من ناحية الوضع الفقهى وصية ، ويكون تشبيه هذا النوع من الوقف بالوصية تشبيها سليما وإعطاؤه بعض أحكامها من حيث تقييده بالثلث مسايرة لقياس مستقيم صحيح منتج . وكان ينبغى أن يكون الثلثان للورثة جميعاً بلا استثناء .

أما إذا لم يكن الوقف على النفس ، بل كان من أول الأمر على جهة بر،

أو على غيرها والواقف صحيح سليم الجسم والعقل ، حسن الرأى والتدبير - فإن المشابهة بين الوقف فى هذه الحالة والوصية غير موجودة ، لافى الوضع الفقهى ، ولا فى المؤدى والمقصد ، إذ الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، والوقف فى هذه الصورة تصرف منجز ، وليس فيه معنى الإضافة إلى الموت ، وأن المشابهة بين الوقف فى هذه الحال والهبة أتم ، وكان ينبغى أن تكون الأوقاف التى على هذه الشاكلة تأخذ حكم الهبة ، فإنه لا يوجد مبرر من الفقه أو الأخلاق لأن نقيد رجلا صحيحا معافى فى التبرع لجهة من جهات البر على الطريقة التى يراها ، وقفاً أو غير وقف ، لأن كل امرئ حر فيما يملك ، وليس لأحد عليه من سبيل ما دام تصرفه فى المال لا يكون من بعده لافى الحقيقة ولا فى المؤدى ، ولو أنك منعت امرءا من الحبس على جهة بر ، فقد ضيقت واسعاً ، ومنعت خيرا ، ومنعت مالكا من التصرف فى ماله فقيدت الملكية ، أو سلبتها من صاحبها ، وذلك غير سائغ .

— وقد يقول قائل إن ذلك إنما شرعه القانون فى الأوقاف التى تقبل الرجوع والأوقاف التى تقبل الرجوع هى بمقتضى الرأى الذى اشتق منه حكمها ، وهو رأى أبى حنيفة — لم تخرج عن ملكية الواقف ، فهى على ملكه ، والوقف قد انصب على ناحية واحدة ، وهى المنفعة ، ولا يلزم الاستمرار فيها مادام حيا ، وإذا كانت كذلك فهى فى حكم المال الموروث من بعده من حيث احتسابها فى ضمن تركته ، وضمن ما كان يملك من أموال ثابتة ، فكان لابد أن يحتسب فى ضمن الثلث الذى يسوغ له التبرع به عند وفاته ، وفوق ذلك ان جواز الرجوع المستمر فيه جعل التبرع محتمل الاستمرار ويحتمل الانتهاء مادام حيا ، ولم يتقرر اعتباره متبرعا إلا وقت وفاته ، فأسند التبرع إلى وقت استقراره ، ووقت الاستقرار هو ذلك الوقت الذى لا يكون له التبرع إلا بالثلث فكان لابد من التقيد بالثلث ، وكان التشابه حينئذ قويا بين الوقف والوصية .

٢٠٠ — وإن ذلك الكلام يستقيم فى جملته ، لأن الوقف اللازم من وقت إنشائه بمقتضى المادة ٢٣ لا يدخل فى دائرة المنع ، ولكن القانون يقيد الأوقاف التى

تنشأ بعد العمل به بألا تزيد على الثلث إذا كانت على غير أصحاب الاستحقاق الواجب إذا انحصر الإرث فيهم ، أو ما يستحقون من الثلثين إذا كان لغيرهم إرث معهم ، ولو كان الوقف على جهة بر . وكان ينبغى أن يكون الوقف على جهة البر لازما ، ولكن لم يقرر اللزوم إلا إذا كان الوقف مسجدا أو على مسجد ابتداء فإن الوقف فى الصورتين الأخيرتين يكون وقفاً لازماً ، ويجوز أن يتجاوز الثلثين ، إذ وقف المسجد لا يصح أن يفرض أنه مستمر على ملك الواقف ، لأنه خلص لله سبحانه وتعالى من وقت إنشائه .

تقدير الثلث ووقته

٢٠١ — وهنا يرد سؤال نتعرف جوابه من القانون . إذا أراد شخص أن يقف مسجداً أو على مسجداً ابتداء أو غيره ، فهل يقدر الموثق مقدار ما يقف من أمواله وينسبه إلى مجموعها ، فإن كان يخرج من الثلث وثقه ، وإن كان لا يخرج رفض التوثيق عملا بالمادة الرابعة التى تسوغ له رفض كل توثيق يكون ممنوعاً أو باطلا بحكم القانون ، والمادة ٢٤ التى تنص على أنه يجب أن يكون للذرية الوارثة وللوالدين وأحد الزوجين قدر ميراثهما فيما زاد على ثلث المال ، إن قلنا ذلك أدى الأمر إلى مفارقتين كبيرتين بين الوقف والوصية وهما فى ذاتهما غريبتان :

(أولهما) أنه يعتبر هذا التصرف المنجز الخالص لوجه الله سبحانه وتعالى فى دائرة الثلث ، بينما الشخص قوى صحيح معافى ، مالك لماله ، له فيه حرية التصرف . فكيف يحتسب مع ذلك تصرفه كالوصية ، وهو مفارق لهـا من حيث إنه نفذ التصرف فى حقه وهو حى ، ومع ذلك كيف يعطيه حكم الوصية ، أو يشبهه بالوصية ، مع أنه قد زال حقه فيه فى الحياة وهى لا تنفذ إلا بعد الوفاة .

(ثانيهما) أن الثلث يقدر وقت إنشاء الوقف من صحيح قادر سليم الجسم والعقل ، ومال الله غاد ورائح . وقد يصير ما قدر بالثلث كلا ، وقد يصير جزءا

ضئيلا ، إذا نسب إلى ماأدره الله على الواقف من رزق وخير كثير ، ثم هؤلاء الذين الذين منع التصرف الخيرى المنجز من أجلهم يجوز ألا يستمروا مستحقين للميراث إلى وقت الوفاة ، وبذلك يتبين أننا نكون قد منعنا خيرا منجزا لحق غير ثابت ، ومنعنا مالكا من حق التصرف المتقرر له لحق غير متقرر ، بل لم يوجد مايسوغه ، لأن المسوغ له هو الموت . إذ الملكية بالميراث ملكية بالخلافة ، ولا خلافة والمالك حى يرزق ، وليس مريضاً مرض الموت ، حتى نقول ان التصرف كان والموت قد بدأ يدب فى الجسم ويسرى فى أجزائه .

وكما يسرى هذا على وقف المسجد وما وقف عليه ، يسرى أيضا بالأولى على الأوقاف الخيرية غير اللازمة فى نظر قانون الوقف وواضعيه ، فإنه إذا أراد مالك أن يقف أرضا زراعية على مستشفى لنذر نذره ، أو لمجرد النفع العام قد قصده ، وهو حق على كل ذى مال ، فإنه إذا ذهب إلى الموثق ليوثق وقفه الذى لا يصح من غير إشهاد أحصى هذا ماله إحصاء ، وقدر الجزء الذى يسوغ له أن يقفه ، مع أنه فى صحة تامة وعافية كاملة ، وقد يكون ورثته أبويه ، والموت فى الواقع الجارى بين الناس أقرب إليهما احتمالا منه ، ومع ذلك يضيق فى الخير العام الذى يقصده لحق احتمالى ، وليس احتماله قريباً .

ولذلك لانرى أنه يسوغ للموثق أن يتدخل بحال من الأحوال فى تقدير الثلث وتقييد التصرف عند التوثيق ، وان النظر إلى تقدير الثلث وكونه تجاوز أو لم يتجاوزه يكون عند الوفاة ، ولكن يبدو بادى الرأى أمر غريب ، وهو أن تصرفات قد تكون كبيرة ، واستمرت عشرات السنين قد تنقض ان تبين أنها تزيد على الثلث ، وإن كانت وقت الإنشاء دون الثلث بكثير ، فإذا أقام مستشفى على قطعة أرض وقفها ، وحبس مقداراً آخر من مزارعه للإنفاق عليها فى أجور الأطباء وغيرهم ، وثمن الدواء ، وغيره ، واستمر المستشفى قائما سنين ثم أعسر بعد يسر ، أو أنسل ذرية لم تكن له من قبل ، وصار المستشفى وما رصده

عليه لا يخرج من الثلث، فإن بعض المستشفى وما وقف عليه يكون للذرية، وتتقطع تلك الصدقة الجارية التى أنشأها وهو مالك متصرف ، ليس لأحد عليه من سبيل فى ماله ، بل إنه ينقض بناء المستشفى ، ولو كان الوارث من ذريته هو من ذوى الأرحام الذين ربما يرثون القناطير المقنطرة من الذهب والفضة عن آبائهم .

وهكذا تهدم بيوت الخير ، وتحبس مصارفها التى رصدها مالك متصرف ، من غير بناء على أسس فقهية ، ودعائم منطقية .

٢٠٢ — وقد كان الظاهر من عبارة القانون العامة أن ينقض وقف المسجد ، وما وقف عليه ، ويتجه بعضه إلى الورثة الذين آثرهم القانون بالتفضيل ، وحباهم بالأكرام إذا كان المسجد ، وما وقف عليه يزيد على الثلث ويتجاوزه فإن عبارة القانون فى ظاهرها عامة ، وقد كان هذا الظاهر يؤدى إلى الا تخلص المساجد لله سبحانه ، وأن يكون المسجد سنين للصلاة ، ثم يصير بعد ذلك مزرعة تستغل ، وتفلح أو أن يكون منزلا يسكن .

ولكن الإنصاف أوجب علينا أن نقرر ماذكرنا من أن المسجد لا ينقض وقفه ، وكذلك ما وقف عليه ، وذلك لأن الوقف اللازم لايدخل فى تقدير الثلث عند الوفاة ، فهو خارج عن أملاك الواقف غير محتسب فيها ، والوقف اللازم بعد القانون كما هو مقرر هو وقف المسجد وما وقف على المسجد ابتـــداء فهو خارج عن حدود المنع .

وإذا خرج من المنع ، وجاز ولو كان أكثر من الثلث مادام الواقف كان صحيحا وقت الإنشاء، فإن ذلك التفسير يستقيم بالنسبة للمسجد ، ولا يكون فيه مجال للنقض ، وأما غيره فينقض ، ولو كان الوقف مقبرة فلا حول ولا قوة إلا بالله.

وعلى ذلك كان الوقف اللازم الذى وجد بعد القانون خارجا عن المنع كالوقف اللازم الذى وجد قبله ، ولم يكن ثمة مناقضة للشرع فى هذه الجزئية ولا غرابة ، وكانت المناقضة فى غيره .

وإنا الآن ننقل عبارة القانون التى تبين ذلك ، وهى المادة ٢٣ من القانون إذ تقول ضمن مايحتسب فى الثلث ما نصه :

« وتكون العبرة بقيمة الثلث عند موته ، ويدخل فى تقديره مال الأوقاف التى صدرت منه قبل العمل بهذا القانون وبعده . إلا إذا كانت أوقافا ليس له حق الرجوع فيها » .

فهذا الجزء من المادة من المادة ٢٣ صريح فى أن الأوقاف اللازمة قبل القانون ومثلها بحكم الاستنباط مابعده لا تكون فى نطاق الممنوع مادامت قد صدرت وهو صحيح معافى ، وليس مريضا مرض الموت ، فلو وقف كل ما يملك وجعله مسجدا أو على المسجد وكان صحيحاً عند الوقف ، ثم مات من بعد ذلك خالى الوفاض ، لامال له ، فإنه ليس لأحد عليه من سبيل ، والقانون بذلك كان مستقيما فى هذا الموضوع .

— وإذا كان الأمر كذلك يكون ما جاء بالمذكرة التفسيرية فى التعليق على المادة ٢٣ بصيغة العموم غير مستقيم ، وذلك هو قولها :

« إذا وقف بعد القانون شيئاً مما يزيد على ثلث ماله ، وجب عليه أن يجعل الاستحقاق فى هذا الوقف لمن يكون موجودا عند موته من ذريته ووالديه وزوجه أو أزواجه الوارثين وأن يوزع الاستحقاق عليهم وفقاً لأحكام المواريث ، فيجعل لكل منهم فى غلة هذا الوقف سهما بقدر نصيبه فى ارث الأعيان الموقوفة لو لم تكن قد وقفت ، وينتقل استحقاق كل منهما لذريته طبقاً لأحكام هذا القانون »

فإن هذه العبارة قد تومىء إلى أن التقدير يكون عند التوثيق ، وذلك غير متفق مع عبارة المادة ، إذ تقول إن التقدير عند الوفاة ، وغير متفق مع المنطق والمعقول .

قوة الاستحقاق الواجب

٢٠٣ — قلنا ان أصحاب الاستحقاق الواجب ليسوا كل الورثة بل بعضهم وقلنا إنهم الزوج، والزوجة أو الزوجات، والأبوان المباشران، والذرية الوارثة، أيا كانت قوة التوريث سواء أكانت الوراثة بالتعصيب أو الفرض أم كانت بالرحم، وهى آخر درجات التوريث بالقرابة، والتوريث بها موضع خلاف بين الأئمة، ولم يحكم بتوريثهم الإمامان مالك والشافعى كما نوهنا، وقالا ان التوريث لذوى الأرحام زيادة على كتاب الله تعالى، وإن كان المالكية والشافعية فى القرن الرابع الهجرى قد اختاروا توريثهم لفساد بيت المال، وصرف الولاة لماله فى غير مصارفه.

ومع أن القانون اعتبر هؤلاء جميعاً من أصحاب الاستحقاق الواجب، فإنه لم يجعلهم جميعاً سواء، بل جعل الذرية الوارثة مستحقة بأشخاصها، وبفروعها من بعدها، ولا يسوغ للواقف أن يقف على الورثة من الذرية، ويحرم فروعهم، أما الزوجان والأبوان فإن استحقاقهم يجوز أن يكون شخصياً، ويجوز أن يكون لهم ولفروعهم من بعدهم، ويجوز أن تقيد الزوجة استحقاق زوجها بألا يطلقها، وألا يتزوج غيرها وهى فى عصمته.

وعلى ذلك لا تكون قوة الوجوب فى استحقاق هؤلاء واحدة، إذ منهم من لا يكون الاستحقاق له شخصياً، ومنهم من يجوز أن يكون كذلك، ومنهم من لا يقبل استحقاقه التقييد بالشرط السالب للاستحقاق.

٢٠٤ — وقبل أن نخوض فى بيان ذلك نبين الزوجية الموجبة للاستحقاق الواجب فإنها تشتمل على بعض تفريعات لا يوجد مثلها فى غيرها من أصحاب الاستحقاق الواجب.

لقد كان نص القانون بالنسبة للزواج كلمتين جاءتا فى العبارة الآتية:

« يجب أن يكون للوارثين من ذرية الواقف وزوجه أو أزواجه أو والديه

الموجـــودين وقت الوفاة استحقاق فى الوقف فيما زاد على ثلث ماله وفقاً لأحكام الميراث » .

فهذا الكلام يستفاد منه أنه يكون للمستحق للميراث بسبب الزوجية استحقاق فى الوقف بنسبة الميراث فى الثلثين ولا بد من ملاحظة أمرين ، وراثة ، وزوجية وهنا يتساءل القارئ ، أيستحق فى الوقف بنسبة الميراث فى الثلثين ، كل من يستحق الميراث بالزوجية ليرد على الواقف قصد حرمانه من الميراث ، أم لا يستحق فى الوقف إلا من يكون زوجا وارثاً أو زوجة وارثة وقت الوفاة ، وذلك لأن الميراث بالزوجية أعم فى شموله من أن يكون الوارث زوجاً أو زوجة مطلقة أو غير مطلقة ، فإن الميراث بالزوجية يشمل ثلاث أحوال :

(الحالة الأولى) أن تكون الزوجية قائمة حقيقية ، بأن يموت أحد الزوجين والزواج الصحيح قائم . وهذه الحال هى الأصل فى التوريث بالزوجية ، وغيرها ملحق بها .

(الثانية) أن يموت أحد الزوجين . والعدة قائمة من طلاق رجعى ، فإذا توفى الزوج وهى مطلقة طلاقاً رجعياً ، ولم تكن العدة قد انتهت ، ورثت منه وكذلك إذا توفيت هى فى أثناء العدة وذلك لأن الطلاق الرجعى ما دامت العدة قائمة لا يزيل العلاقة الزوجية ، فملك الزوج على زوجته قائم ، أى الحقوق بينهما ثابتة ، ولذلك يسوغ له أن يراجعها بمجرد قوله راجعتك من غير عقد ولا مهر جديدين ، وإذا كانت الحقوق التى تثبت بالزواج لا تزال قائمة ما دامت العدة ، والميراث منها ، فإنه يثبت .

(الثالثة) أن تكون معتدة من طلاق بائن ومن مات منهما كان هو الذى باشر سبب الفرقة ، واعتبره الشارع فاراً من الميراث بذلك السبب الذى باشره بأن طلق الزوج زوجته طلاقاً بائناً وهو مريض مرض الموت ، وكان طائعاً مختاراً ، ولم يكن الطلاق برضاها ، وكان سبب الإرث قائماً وقت الطلاق ، واستمر

إلى الوفاة ، فإن مات والعدة لا تزال قائمة فإنها ترثه ، ليرد عليه قصده ، وكذلك إذا باشرت هى وهى مريضة مرض الموت سببا من أسباب الفرقة بأن ارتدت عن الإسلام ، أو اختارت نفسها بخيار الافاقة ، بأن كانت وقت الزواج مجنونة أو معتوهة ، وزوجها الولى العاصب غير الأب والجد ، فإنها يكون لها حق الفسخ إذا أفاقت ، فإن فعلت ذلك وهى مريضة مرض الموت ، وماتت وهى فى العدة ، فإن زوجها يستحق الميراث فيها ، لأنها كانت بصنيعها فارة من الميراث فيرد عليها قصدها .

أما إذا كان الطلاق البائن أو الفرقة التى تشبهه ليس فيها تهمة الفرار من الميراث ، أو كانت التهمة قائمة ، ولكن الموت كان بعد انتهاء عدة الزوجية ، فإنه لا توارث ، لأن الزواج البائن يزيل الحقوق الزوجية فى الحال إلا ما يتعلق بالعدة ، والميراث فيها إن كانت تهمة فرار ، وإن كان ثمة تهمة وانتهت العدة — فإن العلاقة الزوجية قد انتهت تماماً ، فلا يكون ثمة سبب للتوريث يكون موجوداً وقت الوفاة .

هذه خلاصة ما اشتمل عليه قانون الميراث ، وما كان عليه العمل من قديم الزمان فى مصر فى هذا المقام ، قد بيناه ووجهناه ، وثمة خلافات بين الأئمة فى هذا الموضوع ، وليس مكان بيانها هذا البحث .

٢٠٥ — تلك هى الأحوال التى يثبت فيها ميراث بسبب الزوجية ، فهل قانون الوقف حمى الميراث بالزوجية فى هذه الأحوال جميعاً وسار وفق قانون الميراث يحمى ما يحميه فى هذا الباب ؟ .

إن الحالة الأولى والثانية قد اتفق النظر بين الشراح على أن القانون يحميها ، لأن المطلقة رجعياً تثبت لها مع الطلاق حقوق الميراث ، باعتبار أن الزوجية قائمة ، وان هذا النوع من الطلاق لا يزيلها إلا بعد انتهاء العدة .

أما الحالة الثالثة فقد رأى بعض الشراح أن الحماية التى أتت بها المادة ٢٤

لا تشملها ، لأن القانون أتى بحماية ميراث الزوج والزوجة ، والمطلقة بائناً لا يطلق عليها اسم الزوجة ، لحل رابطة الزوجية فى الحال ، فاسم الزوجة زال عنها ، ولو كان المطلق اعتبر فاراً بطلاقها ، إذ أن فرض ميراث لها مع بينونتها لا يزيل وصف البينونة ، ولا يثبت لها وصف الزوجية ، إنما هو تقرير للاحتياط لحقها ، وليرد قصده عليه .

٢٠٦ — هذه وجهته ، ونحن نميل إلى غير وجهته ، ونرى أن القانون يشملها بحمايته . وأنه يجب أن يفسر على ذلك لما يأتى :

(ا) لأن مقصد القانون حماية الزوجة من أن يعاشرها الزوج أمداً طويلا أو قصيراً ثم يذهب به فرط هواه إلى محاولة حرمانها بالوقف على غيرها ، وضياعها من بعده فرد عليه واضع القانون قصده عليه ، وإذا كان ذلك هو المقصد فليس بمعقول أن يقيد إرادته فى الوقف ، ثم يسهل له طريق هدم هذه الحماية ؛ وذلك بطلاقها وهو مريض مرض الموت فراراً من المراث ، وخصوصاً أن الفقهاء من تلقاء أنفسهم قرروا هـــذه الحماية ، وبالغوا فى الاحتياط لها ، وإن اختلفوا فى مقدار هذه المبالغة ، وان الميراث الذى قرره الفقهاء لها إنما هو بسبب الزوجية ، فاعتبرت زوجة بحكم الفقه المعمول به ، فصح شمول القانون لها بذلك الاعتبار .

(ب) والمادة ٢٤ التى حمت أصحاب الاستحقاق الواجب قررت أن حقوق الزوجين والوالدين والذرية فى الاستحقاق الواجب فى الثلثين تسير « وفقاً لأحكام الميراث » أى على مقتضى ماتقرره الأحكام الفقهية المعمول بها فى الميراث ، فهى تحد مدى الاستحقاق وسببه ، وشرطه ومانعه ومقداره ، وهذا يقتضى الرجوع إلى أحكام الميراث فيما عساه يكون محتملا فى قانون الوقف ، إذ يكون تعيين معناه فى فقه الميراث ، ونستعين بالميراث لإزالة الاحتمال ، وإن فقه الميراث يعطى مطلقة الفار من الميراث حكم الزوجة ، ويجعل

لها ميراث الزوجة بسبب الزوجية التى أراد فصمها ، ليقطع حقها ، فرد الشارع عليه قصده فى الحرمان .

(ﺣ) وإن المطلقة بائناً لم يطلق الفقهاء عليها اسم الزوجة حقاً ولم يعطوها أحكام الزوجة لانقطاع العلاقة الزوجية بمجرد الطلاق الذى صار له هذا الوصف القاطع الفاصل ، ولكنهم مع ذلك أعطو مطلقة الفار ميراث الزوجة باسم الزوجية، وطبقوا عليها تطبيقاً كاملا قوله تعالى: «ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد ، فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ، ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد ، فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين . . .

فالقرآن جعل الميراث بعنوان الزوج ، وهو اسم يطلق على كل واحد من الزوجين وأدخل الفقهاء فى اسم الزوج من طلقها زوجها فرارا من ميراثها ، وفسر القرآن ذلك التفسير طائفة كبيرة من الصحابة منهم عثمان وابن مسعود ، وزيد وغيرهم وكان على ذلك الجمهور الأعظم من فقهائهم ، وجاء المجتهدون من بعدهم ففسروا الزوجية والزوج ذلك التفسير ، وارتضاه جمهورهم ، فهل ألفاظ القوانين فى نظر شراحها أقدس من ألفاظ القرآن الكريم فى نظر جمهور الصحابة والفقهاء المجتهدين حتى سوغوا إطلاق اسم الزوج الوارد فى القرآن على المطلقة بائناً التى طلقت فراراً من الميراث ، ولا يسوغ أولئك الشراح إدخالها فى لفظ الزوج الذى اشتمل عليه القانون ـ اللهم لا ، إنهم توسعوا فى ذلك التفسير بالنسبة لنصوص القرآن مع شدة تقديسها حتى لا يهملوا معناها ، فكان حقاً على مفسرى قانون الوقف أن يسلكوا ذلك السلك . ونحن لا نرتضى سواه .

٢٠٨ ـ هذا هو استحقاق أحد الزوجين قد بيناه على النحو الذى فهمناه ، وإن أصحاب الاستحقاق الواجب ليسوا سواء فى نظر القانون ، فالذرية الوارثة استحقاقها يكون لها ولمن بعدها من ذريتها من غير نظر إلى وراثتها ، ويتسلسل فيها

حتى ينتهى الوقف فى مداه إن كان قد صدر بعد القانون ، وغير الذرية الوارثة من أهل هذا الاستحقاق يجوز أن يكون استحقاقها شخصيا لمدة حياتهم فقط فإن نص الواقف على ذلك لا يسوّغ لأحد أن يغير فى إرادته بشرط أن يكون قد جعل ذلك فى ذريته هو من بعدهم ، ليكون المال إلى ذريته على أى حال كانت وارثة أو غير وارثة .

فإن لم يوجد شرط للواقف على ذلك النحو كان الاستحقاق لغير الذرية الوارثة وهم الزوجان والوالدان لهم فى مدة حياتهم ، ومن بعدهم لذريتهم هم ، ويستمر فيها ، حتى ينتهى الوقف إن كان ينتهى ، ولا ندرى لماذا لم يكن لورثتهم ، واقتصر على ذريتهم ، ولا تختص به الذرية الوارثة ، بل تشترك فيه الوارثة وغير الوارثة ، ولذلك وما سبقه نوع من البيان والنقد قد نتعرض له فى موضعه من بحثنا ، إن شاء الله تعالى .

٢٠٩ — لقد سوغ القانون إذن للواقف جعل استحقاق أحد الزوجين والأبوين مقصورا عليهما شخصياً مدة حياتهما فى المادة الثامنة بعد العشرين وهذا نصها :

للواقف أن يجعل استحقاق كل من الزوجين والوالدين لمدة حياته ثم يكون بعده لذرية الواقف ».

وواضح من هذا النص أنه لا يسوغ له جعل الاستحقاق شخصياً إلا إذا كان قد جعل الاستحقاق من بعدهم لذريته . لأنه قيد الجواز بذلك ، إذ أن حصره فى جعله من بعدهم لذريته يجعل غير هذه الصورة فى دائرة المنع ، لا فى دائرة الجواز .

ولم يقيد استحقاق ذريته فى كونه للوارثين ، أو غير الوارثين ، إذ لفظ ذريته غير مقيد بقيد الوراثة ، فيستمر على إطلاقه إلا إذا اعتبر مقيداً بما جاء فى المادة ٢٤ حملا للمطلق على المقيد .

ولكن أهو حق مطلق يعطى بعض دريته من ذلك الاستحقاق ويمنع من يشاء أم أنه لابد أن يعطى الجميع ؟ والجواب عن ذلك ان هذا الحق جوازى ، ومن يجوز

له أن يعطى الجميع وأن يمنع الجميع ، يجوز أن يخص بالعطاء البعض دون البعض ، إذا مايكون أساسه الجواز ، ينصب على الكل وعلى البعض ، وما يملك الكل يملك البعض ، والإطلاق يشمل الجواز المطلق .

ولقد صرحت بذلك لجنة العدل فى مجلس الشيوخ ، فقد جاء فى تقرير لها ما نصه :

« تناقشت اللجنة ، فى مدلول المادة ٢٨ ، وانتهت إلى أن الحكم الجوازى الوارد بالمادة لا يتعين أن يكون شاملا لجميع ذرية الواقف ، بل له أن يجعل نصيب أحد الزوجين أو الوالدين لجميع ذريته هو أو لبعضهم ، كما يشاء » .

٢١٠ — وبمقتضى هذه المادة وحصرها جواز جعل الإستحقاق لأحد الزوجين أو الوالدين شخصياً ، ومن بعدهم يكون لذرية الواقف دون غيرها — يبطل ما إذا إشترط الاستحقاق من بعدهم لغير ذريته . فإذا جعل لزوجه حصة فى الوقف بمقدار ميراثها فى الثلثين ، وعلى أن يكون الاستحقاق لها ما دامت على قيد الحياة ، ثم من بعدها يكون على جهة بر ، فإن الشرط يكون باطلا ، ويكون لها الإستحقاق مدى الحياة ، ومن بعدها يكون لذريتها ولا يلتفت إلى شرطه ، لأن الجواز مقيد بجعل الاستحقاق بعد المستحق لذريته هو ، فإذا جعله لغيرها ألغى ذلك الشرط ثم ينتهى بنا الأمر إلى فرض آخر غريب وهو أنه إذا جعل الإستحقاق لزوجته بمقدار ميراثها المذكور ، ثم من بعد ذلك يكون الاستحقاق لورثتها ، وكان الورثة غير ذريتها كأخ شقيق ، فإن ذلك الشرط ملغى ، ويذهب الإستحقاق لذريتها غير الوارثة ،إن كان لها ذرية ، كذلك ، وينتهى بنا الأمر إلى أن نقرر أن من غرائب هذا القانون . أنه فى الوقت الذى كان المقنن حريصاً الحرص كله على حماية ورثة ذلك الذى حمى القانون وراثته ـ وقف القانون مانعاً حاجزاً لحماية بعض الورثة ، ولا نرى فى الفكر القانونى تضاوبا كذلك التضارب .

— وانه بتطبيق هذه المادة تطبيقاً دقيقاً شاملا عاماً يثبت أمران :

(أحدهما) أن الواقف لو وقف على ذريته كل ما يملك ومات عن أبويه، وزوجه، فإن الوقف على ذريته يستمر فيما عدا نصيب الأبوين، واحد الزوجين فى الثلثين ميراثا، فإنه يكون الإستحقاق بمقداره لهم، ويستمر ذلك الإستحقاق ما داموا على قيد الحياة، وينتقل من بعدهما الاستحقاق إلى ذريته هو، وذلك لأنه قد حرم أولئك الورثة من ميراثهم بغير ما سوغ له القانون وحيث كان منه ما لم يسوغه فإنه ينفذ من وقفه ما يتفق مع القانون، ويحمل على القدر الذى يجوز له. بأن يقف على أولئك ومن بعدهم على ذريته، فيحمل وقفه على ذلك التصرف السائغ، ويحمل الممنوع على أقرب الصور السائغة، ولو أننا أعطينا ذريتهم التى ليست ذريته لكان ذلك إهمالا للمادة ٢٨.

(الأمر الثانى) — أن له أن يحرم بعض ذرية الوالدين واحد الزوجين، وأن يبقى للبعض الآخر استحقاقه، لأننا قررنا أن المادة ٢٨ تقرر حقاً جوازياً، ومن يملك بعضه يملك كله، وقد تأيد ذلك بقرار لجنة العدل فى مجلس الشيوخ الذى نقلنا بعضه لك آنفاً، ولكن إذا كان هؤلاء ذرية هى بعض ذريته، أو كلها، فإنه لا يسوغ له حرمانها، وإبقاء الكل لغيرها والعكس جائز، فإن الواقف إن قصر إستحقاق أولئك على أشخاصهم، فإن الإستحقاق من بعده يكون لذريته هو دون سواها، وإن ذكر غيرها يلغى شرطه، إذ يكون العمل مخالفاً لنص المادة ٢٨، وما تضمنته، إن جعل الاستحقاق من بعدهم لغير ذريته ولا يكون قد إستعمل حقه الجوازى فيلغى، ويبقى الإستحقاق من بعدهم على ذريتهم أجمعين، وفيهم ذريته.

— وبعد فقد بينا فى هذا البحث، الاستحقاق الواجب وأهله، وموضع القانون فى ذلك من ميراث الله الذى شرعه، وبينا مقدار المال الذى يجب فيه ذلك الاستحقاق وكيف يقدر، وميقات تقديره،

وناقشنا وجوه النظر المختلفة ، وأدلينا بنظرنا وسط الأنظار الفاحصة الكاشفة ، وانتهينا إلى بيان مدى هذا الاستحقاق ، وقوته بالنسبة لبعض المستحقين ، ومدى الحرية التى أطلقت للواقف فى ذلك ونبين إن شاء الله تعالى ، شروط ذلك الإستحقاق ، والحرمان منه . والله سبحانه وتعالى مالك الملك ذو الجلال والإكرام ، وهو المستعان .

شروط الاستحقاق الواجب

٢١١ — يستفاد من نصوص قانون الوقف أنه يشترط أربعة شروط للاستحقاق الواجب وفرضه فرضاً لزومياً فى الموقف بعد وفاة الواقف :

الشرط الأول : ألا يكون الواقف قد أعطى صاحب الاستحقاق الواجب بغير عوض ما يساوى نصيبه عن طريق تصرف آخر ، كالهبة ، ولو لبست لبوس البيع ، وكالوصية ، فإن كان ما أعطاه أقل مما يجب له استحق فى الوقف بقدر ما نقصه .

الشرط الثانى : ألا يكون ممن كان مستحقاً استحقاقاً واجباً ما يسوغ للواقف بمقتضى العرف ، والأخلاق الفاضلة أن يحرمه من استحقاقه عقوبة له على ما هو فيه ومجازاة له على ماهو عليه ، وقد ذكر ذلك فى المادة ٢٧ وهذا نصه :

« للواقف أن يحرم صاحب الاستحقاق الواجب من كل أو بعض ما يجب له ، وأن يشرط فى وقفه ما يقتضى ذلك متى كانت لديه أسباب قوية ، ترى محكمة التصرفات بعد تحقيقها أنها كافية لما ذكر » .

الشرط الثالث : ألا يقتل المستحق الواقف ، فإذا قتله قتلا يمنع من الميراث فإن استحقاقه يسقط ، لأن أساس الاستحقاق الواجب هو الميراث ، فالأصل فى صاحبه أن يكون وارثاً ، يأخذ استحقاقاً بقدر ميراثه فى الثلثين ، وإذا حدث

مانع من الميراث كان أيضاً مانعاً من الاستحقاق ، ويظهر أن الحكم كذلك فى كل موانع الميراث إذا عرضت بعد إنشاء الوقف ، لا القتل وحده .

الشرط الرابع : أن يرفع المحروم من الاستحقاق الواجب بنص الواقف دعوى يطلب استحقاقه فى مدى سنتين شمسيتين من وقت وفاة الواقف، فلا يتغير شىء من الاستحقاق إذا لم يرفع المحروم الدعوى بحقه مع التمكن وعدم العذر الشرعى فى خلال سنتين من تاريخ موت الواقف ، ولذلك لا يتغير شىء إذا رضى كتابة بالوقف بعد وفاة الواقف ، وينفذ رضاه بترك بعض حقه ، ولا يمس ذلك ما بقى منه .

هذه هى شروط الاستحقاق الواجب كما استخلصت من نصوص القانون وألفاظه الصريحة من غير استنباط ، وقبل أن نخوض فى تفصيل مجملها ، واستنباط ما تتجه إليه وترمى ، وتشعيب فروعها — نذكر بالإجمال أيضاً أمرين يفهمان من النصوص .

(أولهما) أنه إذا حرم الواقف بغير مسوغ أحداً ممن لهم حق واجب فى الوقف بمقتضى القانون المنظم لأحكامه من كل حصته أو بعضها لا يبطل الوقف فى حصته فتعود ملكا حراً ، بل ان صفة الوقف لا تزول عنها ، ولكن يكون الاستحقاق لباقى الموقوف عليهم بنسبة حصصهم الواجبة إن كانوا من المستحقين استحقاقاً واجباً ، وبنسبة ما وقف عليهم إن كانوا من غير أهل الاستحقاق الواجب .

(الأمر الثانى) أن الاستحقاق الواجب إذا حرم منه صاحبه بغير مسوغ للحرمان لا ينتقل إليه بمجرد الوفاة كما ينتقل الميراث ، من حيث ان الملكية فى الميراث جبرية تثبت بمجرد الوفاة ، ولا تقبل الاسقاط ، بل انه لا يثبت إلا برفع الدعوى والمطالبة بحقه ، ويقبل الاسقاط بالرضا بالواقع كتابة ، أو بالسكوت عن المطالبة سنتين شمسيتين ، فهو يشبه حق الاعتراض على التصرف ، لأنه يمس حقه الشرعى ولا يشبه الملكية بالميراث فى هذا القدر من النظر .

هذا إجمال نعرج عليه بالتفصيل فى كل شرط مما ذكرنا ، مستنبطين المرامى من فقه هذا القانون ما طاوعتنا فى ذلك نصوصه ، محاولين كشأننا فيما نكتب بعون الله تعالى — أن نكتشف عما هو حسن فيه ، وعما لا يحسن بقاؤه منه ، ولنبدأ من ذلك بالكلام فى التعويض عن الحصة الواجبة ، وهو ما ذكرنا بالشرط الأول .

التعويض عن الحصة الواجبة

٢١٢ — لقد نصت المادة (٢٤) على أن الاستحقاق لا يجب لمن يكون الواقف قد أعطاه بغير عوض ما يساوى نصيبه وإن كان ما أعطاه بغير عوض أقل من نصيبه احتسب ما أعطاه من حصته الواجبة .

فهنا شرطان لسقوط الوجوب أو بعضه (١) أن يكون أعطاه (٢) وبغير عوض وهنا قد قال بعض الباحثين كلاماً هو محل نظر إذ اعتبر الإعطاء أخص من مطلق تبرع فاشترط فى تصرف المسقط للوجوب أن يكون إعطاء مقصوداً حرا مختاراً فيه ، وألا يكون بعوض قط ، فلو كان بعوض ولو قليلا جداً بالنسبة لما آل إليه لا يكون مسقطاً للوجوب .

ولكى يتجلى لنا الحق فى الأمر نثير بحثاً حول عبارة القانون وهى : « لا يجب هذا الاستحقاق لمن يكون الواقف قد أعطاه بغير عوض ما يساوى نصيبه » أيراد بها أن يصل إلى المستحق استحقاقا واجباً مقدار حقه من غير طريق الوقف من غير أن يدفع فى سبيله مالا ، سواء أكان الواقف قصد الاعطاء أم جاء بغير إرادته ، أم يراد بالعبارة أن يكون قد أعطاه فى تصرف شرعى منسوب إليه منشىء للتبرع ، فلا بد حينئذ أن يكون قد قصد إلى التصرف ، وأن يكون منسوباً إليه ، وأن يكون خالياً من كل عوض ولو كان قليلا بالنسبة إلى الذى آل إليه .

لا شك أنه ينبعث عند الإجابة عن هذا السؤال فكرتان كلتاهما تحتملها عبارة القانون .

(الفكرة الأولى) أن يكون المراد هو ألا يكون الوقف سبباً لحرمان المستحق من نصيبه فى الثلثين ، فإذا كان قد وصل حقه ، وكانت العدالة قد تحققت ، وثبت أنه لا ظلم يقع عليه ، وتبين أن لا وكس ولا شطط فى الوقف ، فإن الاستحقاق الواجب يسقط ، ولا يكون له حق فى المطالبة به ، لأن الغرض هو منع الظلم عنه ، وقد امتنع من قبل بما آل إليه بعطاء حر أو بعطاء غير حر ، أو بما هو فى معنى العطاء مطلقاً ، بل ان إعطاءه من الوقف يكون هو الظلم لغيره ، ولا يصح أن يدفعنا الحرص على منع الظلم عنه إلى إنزال الظلم بغيره .

(الفكرة الثانية) أن نتقيد فى التفسير بحرفية القانون من غير اتجاه إلى المقصد العام منه ، وتحقيق العدالة فيه ، فيفسر الإعطاء بأنه مصدرا أعطى يعطى بمعنى ملك ، وذلك يكون بتصرف منسوب إلى الشخص نفسه ، فإذا كان التبرع صادراً عن الواقف بارادة حرة ، ولكنه يعتبر إجازة لتصرف غيره لا يعد ذلك إعطاء ، وكذلك إذا كان البيع بثمن قليل كالبيع بخمسين جنيها ، والمبيع يساوى الفا لا يعد ذلك إعطاء بغير عوض ، وإلى هذه الفكرة يميل بعض الشراح لقانون الوقف ، كما قلنا ، وإنا نميل إلى الفكرة الأولى ، وكلتا الفكرة تحتملها ألفاظ من غير تحميل اللفظ لما لا يحتمل ، وإثقاله بمعان لايحمل ثقلها ، أن هناك فروعا كثيرة تختلف أحكامها باختلاف التفسيرين ، ولنذكر منها بعضها :

(١) إذا اختلس المستحق استحقاقا واجباً من الواقف ، أو سرق منه أو اغتصب ما يساوى نصيبه ميراثاً من الثلثين ، وأراد الواقف ألا يبلغ الأمر إلى القضاء مع أن وقائعه لا تقبل الإنكار ، وأخذ بالمثل العربى : « أنفك منك وإن كان أجدع » ، ولكنه وقد ترك له ما أخذ ، وهو يساوى نصيبه أو أكثر ، ثم وقف بقية ما يملك على غيره ومنهم بقية المستحقين استحقاقاً واجبا ، واعتبر ذلك

هو العدالة ، وبذلك جمع بين بواعث الشفقة وعوامل العدل . أيكون لهذا المستحق أن يطالب باستحقاقه وقت الإنشاء بالنص عليه أو المطالبة به بعد الوفاة بالغلات ؟

على الفكرة الثانية التي تفسر الاعطاء بالاعطاء الحر الذي يريده الواقف ويرضاه قبل وقوعه يكون له أن يطالب بحقه استحقاقا واجبا في الوقف ، وأن يقول إنه حرم ظلماً ، وأنه لا يوجد مسوغ قانوني لحرمانه وعلى القضاء أن يسايره في قوله ، فيقضي له إن كان ذلك بعد الوفاة وليس لسائر المستحقين أن يدفعوا بأنه السارق أو المختلس أو المغتصب ، لأن كل ذلك لا يعد تعويضاً قانونياً .

وعلى الفكرة الأولى ، وهي التي ترمى إلى تحقيق العدالة التي يقصد إليها واضع القانون ، ولا تضيق عنها ألفاظه ، بل تبرق بنورها من بين ثناياها ، يسقط نصيب ذلك الذي اختلس أو اغتصب ، أو سرق ما يساوي نصيبه وليس له أن يطالب بإقحام اسمه في المستحقين وقت إنشاء الوقف ، ولا المطالبة بشيء من الغلات بعد وفاة الواقف ، وحسبه أنه غنم (أولا) ما يساوي نصيبه . (وثانيا) أنه نجا بنفسه ، ولم يزج به في غيابات السجن جزاء ما اقترف من إثم .

ولا شك أن العدالة في هذه القضية تسوغ حرمانه ، والظلم أن يأخذ من الوقف ، إذ سيأخذ ضعفين مع إعفائه من العقاب ، أما المستقيمون الأبرار ، فيطفف من حصصهم بمقدار ما أخذ ، لأنهم لم يمدوا أيديهم إلى ما ليس لهم حق فيه ، فكان جزاء الأمانة الحرمان ، وجزاء الخيانة الحماية .

إن القوانين تفهم ألفاظها بمقاصد واضعيها لا بالعبارة المجردة ، وتفهم تلك الألفاظ على ضوء العدالة الحقيقية التي جاءت القوانين لخدمتها وحمايتها ، ومن البديهيات أننا لو ترددنا في تفسير لفظ قانوني بين تخريجه على ما تقتضيه العدالة والفضيلة ، وتخريجه على هدم العدالة والفضيلة لاخترنا التفسير الذي يحمي العدل والخلق القويم ، بل اننا لو وجدنا اللفظ يحتمل عن قرب ما يناقض العدالة . وعن بعد ما يحميها لاخترنا البعيد على القريب ، بل انه لو كان اللفظ في ظاهره على غير

العدالة لأولناه لأجلها ، لتكون القوانين دائماً مطية الحق والعـــدل ، إن علماء المسلمين يقررون أنه إن وجد نص دينى مقطوع بسنده يخالف فى ظاهره بدائه العقول بيقين ، أول الظاهر لتدركه العقول ، وإذا كان ذلك شأن النصوص المقدسة فكيف لا تؤول النصوص التى يضعها البشر .

وفوق ما تقدم فإن ذلك المغتصب أو السارق ، أو المختلس يسوغ للواقف أن يحرمه ، لا لأنه وصله مقدار نصيبه فقط ، بل لأن ثمة أسباباً قوية توجب الحرمان . إذ المادة ٢٧ تصرح بأن للواقف أن يحرم صاحب الاستحقاق الواجب وأن يشرط فى وقفه ما يقتضى ذلك متى كانت لديه أسباب قوية ترى محكمة التصرفات بعد تحقيقها أنها مسوغة لحرمانه ، أفلا يعد سبباً قوياً للحرمان أنه اختلس منه ما يساوى نصيبه ، وان العدالة ألا يأخذ بعد ما اختلس شيئا من وقفه ، وإذا لم يكن ذلك سبباً قوياً مسوغا للحرمان ، فأى مسوغ أقوى من ذلك أن الاغتصاب أو الاختلاس فوق أنه جريمة ، وفوق أنه قطع الرحم التى أمر الله بوصلها ، وفوق أنه أكل مال بالباطل قد وصـــل إلى المغتصب ما قرره له القانون والعدالة ، والخيانة وحدها سب قوى مسوغ لحرمانه لأن استحقاقه ظلم لا شك فيه .

لهذا كله لا نوافق الشارح المذكور على مارتأى من أن من اغتصب أو اختلس أو سرق مقدار حصته لا يسوغ إسقاط ما أخذه من الاستقحاق فى الوقف .

٢١٣ـ(ب) ومن الأمور التى يختلف فيها الحكم باختلاف الفكرتين اللتين ذكرناهما، ما إذا كان التصرف منسوبا إلى غير الواقف ، ولكن لا ينفذ إلا بأجازة الواقف، وتكون الاجازة تبرعا، ومثال ذلك إذا أوصى شخص للمستحق استحقاقاً واجباً بأكثر من ثلث ماله ، وكان الوارث الوحيد له هو الواقف فأجاز الزيادة ، وكانت تساوى نصيب المستحق استحاقا واجبا فهل يعد هذا عوضا ؟ ولنضرب مثلا حيا : أوصى شخص لابن أخيه بكل ما يملك ، أو تبرع له فى مرض الموت بكل مايملك، ووارثه

هى ابنته التى هى زوجة ابن الأخ ، فأجازت وصية أبيها أو تبرعه ، ثم وقفت كل ما تملك ، وحرمت زوجها من الاستحقاق فى نظير ما أجازته من وصية أو هبة فى مرض الموت ، فقد اعتبرت هذه الأجازة تبرعا ، ولكن المملك بالوصيه أو بالهبة هو أبوها المتوفى .

فعلى الفكرة التى تفسر ألفاظ القانون تفسيرا حرفيا لا يكون ذلك تعويضا — قانونيا عن حصة المستحق لأن التصرف منسوب إلى المتوفى وهو الموصى أو الواهب فى مرض الموت ، فلا يعتبر الواقف هو المعطى والمملك ، بل المملك غيره ، فلا يعتبر هو معطيا ، ولا يكون هو الذى تولى التعويض عن الحصة الواجبة ، بل هو رزق ساقه الله إليه ، وان كان الواقف له دخل فيه ، وعلى الفكرة العادلة التى تفسر القوانين ، بمقاصدها ، يكون هذا تعويضاً كافيا ، قائماً مقام الاستحقاق الواجب لهذا الوارث الذى أعطى ذلك العطاء وكون التصرف منسوبا إلى المتوفى لايمنع أن التبرع قد حدث من الواقف، وأن أجازته أمر أساسى فى وصول المال إليه ، وان كان فى الاعتبار الفقهى ليس هو المملك ، لأمور تتعلق بتنسيق الأحكام لا لوقائع الأمور ، إذ الواقع أنه تبرع معتبر ، وأن كل شروط التبرع لازمة له

ولكى يكون القارئ على بينه نوضح بعض التوضيح الأصل الفقهى لهذه المسألة .

لقد اختلفت الفقهاء فى اجازة الوارث وصية بأكثر من الثلث ، أو تصرفا فى مرض الموت أخذ حكم الوصية بأكثر من الثلث ، أهذه الأجازة تعتبر تمليكا من الوارث أم ان التمليك يعد من المتصرف أصلا ، وان كان فى ذاته لا يمضى ولا ينفذ إلا باجازة من الوارث ، ويلاحظ أنهم جميعاً اتفقوا على أن الاجازة تبرع تسرى عليه كل شروط التبرع وأحكام التبرع من كل الوجوه ما عدا بعض الشكليات ، ولنوضح بعض التوضيح موضع الاختلاف وموضع الاتفاق :

لقد قال الحنيفة ان الاجازة وان كانت بالنسبة للوارث تبرعا ـ لا يعتبر التمليك منه ، إنما يعتبر التمليك من الموصى ، وذلك سير على أصلهم الثابت عندهم ، وهو أن الوصية بأكثر من الثلث لاتقع باطلة ، بل يتوقف نفاذها على اجازة الورثة ، وذلك لأن الوصية مهما يكن مقدارها تصرف من الموصى فى ملكه ، والأصل فى تصرف الإنسان فى ملكه النفاذ ، لصدور التصرف من أصله مضافا إلى محله ، وإنما امتنع النفاذ فى الزائد على الثلث لحق الورثة ، إذ وقت تنفيذ الوصية يتعلق حقهم بالثلثين ، فإذا اجازوا فقد زال المانع ، وبقى السبب المنشىء للملكية ، وهو التصرف الصادر عن الموصى ، فليست الاجازة عندهم منشئة للحق حتى يسند التمليك إلى الوارث ، بل الاجازة منفذة للحق من صاحب الحق فيها ، وانشاؤه كان بالعبارة المنشئة للوصية ، وبعبارة أدق الاجازة كانت إزالة للمانع الذى منع من إعمال السبب ، وهو حق الوارث .

وقال الشافعية ان الاجازة ان وقعت يكون التمليك من جانب الوارث ، ولذلك لا بد لتمامها من القبض وقبول الموصى له من بعدها ، وذلك الكلام قائم على أصل ثابت عند الشافعية ، وهو أن الوصية بما زاد على الثلث باطلة ، والاجازة لا تمضيها بل توجد تمليكا مبتدأ ، فاجازة الوارث تمليك مبتدأ ، وقوى ذلك أن الاجازة أخذت أحكام التبرعات ، وشروطها .

ولا شك أن قانون الوصية يتجه إلى المذهب الحنفى ، لأنه لم يعتبر الوصية بأكثر من الثلث باطلة ، بل صحيحة متوقفة على الاجازة ، ولم يشترط لتمام الاجازة القبض ، ولم يشترط فى الاجازة الرسمية ، ولو كانت تمليكا مبتدأ لكانت هبة من الورثة ، والقانون المدنى قد اشترط فى الهبات أن تكون بعقد رسمى .

هذا موضع الاختلاف ، أما موضع الاتفاق بين الحنفية وغيرهم ، فهو أن الاجازة تبرع خالص ، ولذلك لا تكون إلا من كامل الأهلية البالغ العاقل الرشيد ، ولا تجوز مطلقا من الولى المالى على فاقد الأهلية أو قاصرها أو المحجور

عليه ، لأن الأولياء والأوصياء ممنوعون من التبرع ، والتصرف المشتمل عليه إذا صدر عنهم يكون باطلا ، إذ التبرع ضرر محض ، والتصرفات التي تكون ضررا محضا تكون باطلة منهم .

ومن مواضع الاتفاق أيضا أن الوارث المجيز إذا كانت الاجازة وهو مريض مرض الموت لا تنفذ إلا فى الثلث ، وإذا زاد عليه توقف النفاذ فى الجزء الزائد على اجازة ورثته .

٢١٤ — هذا هو الأصل الفقهى لهذه المسألة ، وبعد بيانه بقدر المقام يسأل القارىء أى الطريقين أهدى سبيلا ، أنضيق ألفاظ القانون ، حتى تكون ضاوية لا تجرى فيها عناصر القوة التى تستمد من وقائع الحياة ، أم نلبسها لباسا من الحياة والقوة ، فتتسع لوقائع الأمور ، وتتجه إلى معانى الأشياء ، وعلى الأول إذا أجاز الواقف وصية لايعتبر مقدار ما أجازه من التعويض الذى يسقط الوجوب فى الاستحقاق الواجب وعلى الثانى يعتبر ذلك من التعويض .

أن الفقهاء الذين قرروا أن التمليك فى الاجازة يعتبر من الموصى لامن المجيز قصروا آثار ذلك على شيء واحد فقط ، وهو اشتراط القبض والقبول من الموصى له من بعد الاجازة ، فلم يشترطوهما ، وذلك أمر شكلى بالنسبة لمعنى الاجازة ، وليس أمرا موضوعيا ، بل ان الناحية الموضوعية تسير على أساس أن المملك فى المعنى والواقع هو المجيز ، بل أن الأحكام تضيف المال الذى عد موضع الاجازة إلى أموال المجيز ، بدليل أنه يحتسب من ثلث ماله إذا كانت الاجازة فى مرض الموت ، وبدليل أن الولى لايسوغ له أن يجيز إذا كان الوارث محجورا عليه ، لأنه يعد تبرعا من ماله . . . . وهكذا . .

وإذن يكون اسناد التمليك للموصى من قبيل الأشكال الفقهية لعقد الوصية والاجازة كما يقول القانونيون من قبيل الأحكام الموضوعية ، إذ الأحكام كلها تتجه إلى اعتبار المملك الحقيقى هو المجيز .

٢١٥ — ومن هذا التوجيه الفقهى يتبين أن الذين ضيقوا ألفاظ القانون ذلك التضييق ضيقوا أيضا المعانى الفقهية ، واستمسكوا بصياغتها كما يعبر القانونيون ، ولم يستمسكوا بلب أحكامها ، ومعانى تصرفاتها .

وعلى ذلك نرى أن الطريق الأمثل والاهدى فى المنطق ، وتوجيه القانون ناحية العدل الحقيق الذى حاول أن يحمى به الميراث بالنسبة لبعض الوارثين هو أن تحتسب الاجازة من التعويض الذى يسقط الوجوب فى الاستحقاق الواجب ، لأن المال موضع الاجازة يلحق فى الأحكام بأموال المجيز ، وتعتبر الاجازة فى الجملة اخراجا للمال من هذه الملكية ، بدليل أنها احتسبت من الثلث إذا كان المجيز مريضا مرض الموت ، فان كان حق الورثة يتعلق بأمواله ، فتعلق ذلك الحق بما هو موضع الاجازة دليل على أنه من أمواله ، وتكون الاجازة مخرجة لهذا المال من ملكه ، ويكون فى المعنى هو المملك ، وان كان فى الشكل قد نسب التمليك لغيره ، وتكون العدالة الحقيقية فى أن يحتسب ذلك من التعويض .

ومن الأمور التى يختلف فيها الحكم باختلاف تفسير معنى التعويض ضيقا واتساعا ، إذا كان العطاء بعوض ، ولكن العوض غير مساو للبدل كأن يبيعه مائة فدان بسعر الفدان مائة ، وهو يساوى مائتين أو يهبه بعوض مشروط ، وكان العوض دون الموهوب فى القيمة ، فالذين ضيقوا معانى ألفاظ القانون ، لم يعتبروا ذلك العطاء الخفى تعويضا عن الاستحقاق الواجب ، مسقطا له لأن لفظ القانون يشترط فى العطا. المسقط للوجوب أن يكون بغير عوض ، فكل عوض ولو كان قليلا جدا يفقد العطاء به شرطه فلا يسقط الاستحقاق الواجب به إذا كان ذلك البيع وهو صحيح ـ أما إذا كان البيع وهو مريض مرض الموت ، فانه تحتسب المحاباة من الاستحقاق الواجب ، ويسقط مايقابله ، وعلة التفرقة أن المحاباة فى المبيع لاتعتبر هبة فى الصحة ، ولذلك لاتغير البيع من وصف البيع إلى وصف الهبة فى بعض أجزائه ، فلا تزيل اللزوم ولا يشترط القبض ، وأما المحاباة

فى مرض الموت فتعلق حق الوارث بالمال يجعلها تأخذ حكم الهبة، ثم الهبة تأخذ حكم الوصية ، ويكون للورثة الحق فى الاجازة أو عدم الاجازة ، ويسير هذا القول فى مسار ذلك الفقه ، فهو يعتبر التصرف بيعاً إن كان فى الصحة ، فلا يسقط به الاستحقاق الواجب ، ويعتبر المحاباة هبة إن كانت فى المرض لتسقط الوجوب فى الاستحقاق الواجب .

هذا مسلك الذين ضيقوا معانى التعويض — أما الذين يوسعون معانيه (والالفاظ عندهم تقبل تلك السعة) فإنهم يعتبرون كل محاباة واضحة ثابتة — من التعويض عن الاستحقاق الواجب ، تحقيقاً لمعنى العدالة التى قصد إليها القانون فى الورثة الذين حمى استحقاقهم ، ولأن المحاباة الجلية تعتبر تبرعا ، وإن لبست لبوس البيع وسارت فى مساره ، وأعطتها الصياغة الفقهية شكل البيع ووصفه من حيث الصورة ، على أن لذلك تفصيلا وبياناً نتصدى له تجلية للمقام .

فقبل أن نبين أى الطريقتين أهدى سبيلا نشير إلى قول الفقهاء فى البيع المشتمل على محاباة واضحة ، ثم نشير إلى حكم القانون فى مثل هذه البيوع :

إن البيع بغبن فاحش قد اتفق الفقهاء على أن فيه محاباة . وأنه تبرع من بعض نواحيه ، واتفقوا على أنه يكون غير صحيح فى مال القاصر ومال الوقف . وأموال بيت المال ، وفى أموال المدين المستغرق بالدين الذى حجر عليه ، واتفقوا أيضا على أن بيع المريض فى مرض الموت تأخذ المحاباة فيه حكم الوصية ، أى أنها تتوقف على اجازة الورثة ، إذا كانت تتجاوز الثلث ، كما قرر فقهاء الحنفية أن بيع المريض لبعض ورثته بغبن ولو كان يسيراً يتوقف على اجازة الورثة ، وقرر أبو حنيفة أن البيع يتوقف على إجازتهم ولو كان بمثل القيمة ما دام المشترى وارثا ، وقال الصاحبان ان البيع لا يحتاج إلى إجازة إذا لم يكن فيه غبن مطلقا .

أما إذا كان البائع صحيحاً غير محجور عليه ، فقد اختلفوا فى لزوم البيع إن باع بغبن فاحش ، فظاهر الرواية أن البيع يكون لازماً مطلقا ، ولم يذكر تفصيلا

لأن التراضى قد تم على هذا الأساس ، وجانب المحاباة لا يلتفت إليه ما دام برضاه ، ولا يغير وصف البيع ، لأنه عقد على أساس البيع ، فلا تغير المحاباة وصفه ، ولا يتجزأ الوصف ، فيكون هبة فى بعض ، وبيعا فى بعضه ، لأنه يكون صفقتين فى صفقة وذلك منهى عنه ، فللتحرر من ذلك أعطوه وصفا واحداً هو الذى تدل عليه ظاهر العبارة ومادة العقد وما اتصف به من مظاهر مادية واضحة ، يأخذ أحكام ذلك الوصف من غير نظر إلى ما سواه .

وقد جاء فى غير ظاهر الرواية أن البيع إذا كان فيه غبن فاحشا لا يكون بيعا لازما ، لتحقق المحاباة فيه ، ولأن الرضا فيه لا يمكن أن يكون على أساس الغبن ، وإن كان على أساسه فقد تضمن الهبة ، فيكون للمغبون حق الفسخ .

وهناك قول بالتفصيل وهو أنه إذا كان الغبن قد صحبه تغرير ، فإن المغبون يكون له حق الفسخ ليتم الرضا على أساس صحيح .

٢١٦ — وكيفما كان اختلاف الفقهاء فهنا حقيقتان مقررتان :

(إحداهما) أن البيع الذى لا يكون فيه المبيع متناسبا فى القيمة مع الثمن — فيه محاباة فى كل صوره ، ومن أجلها كان البيع غير صحيح إذا كان المبيع مالا لمن لا يصح التبرع من ماله ، وهم القاصرون والأوقاف وبيت المال ، والمدينون بديون مستغرقة حجر عليهم لأدائها ، وأن المريض مرض الموت إذا حابى فى بيعه كان تبرعه فى المال فى حكم الوصية ، فيتوقف فى الزائد على ثلث ماله على اجازة الورثة من حيث ان كل تبرع بالهبة أو بغيرها يأخذ حكم الوصية فى نهايته .

(والحقيقة الثانية) أنه مع اشتماله على حقيقة التبرع — وصف البيع ملازم له لا يفترق عنه ، لا فرق فى ذلك بين كونه فى مرض الموت . وكونه فى حال الصحة ، بدليل أن المريض مرض الموت إذا باع ليس له أن يرجع فى بيعه ، وأن البيع يتم من غير حاجة إلى التقابض ، فلو باع بعض ماله وكان فيه محاباة المشترى بأى مقدار كان ، فإن البيع ينعقد من غير حاجة إلى التقابض ، فإذا مات

بعد ذلك فليس للورثة أن يدعوا أن العقد لم يتم ، لأن فيه تبرعا ، والتقابض لم يتم ، بل لهم فقط أن يطالبوا المشترى بأن يدفع من المحاباة ما يزيد على ثلث التركة إن كان فى المحاباة زيادة على الثلث ، ولو كانت المحاباة تأخذ حكم الهبة كما زعم بعض الكتاب لكان لهم أن يدعوا عدم تمام البيع ، وبطلانه كما لو وهب شخص عينا ثم مات قبل القبض ، فإن الهبة تبطل ، ولو كانت المحاباة دون ثلث التركة ، وبهذا يتبين أن محاباة المريض مرض الموت لم تأخذ الوصف العام للهبة وإن توقفت فى بعض أحوالها على إجازة الورثة ، إنما التصرف أخذ وصف البيع دائما ، وإن كان للورثة الاعتراض .

وننتهى من هذا التحقيق الفقهى إلى أنه ليس من الدقة أن يقال إن الفقهاء أعطوا محاباة المريض فى بيعه وصف الهبة ، وأعطوا محاباة الصحيح فى بيعه وصف البيع ، بل أن الفقهاء ساروا على فكر واحد مطرد لا يتخلف فى حال عن حال ، وهو أن البيع بالمحاباة بيع ، وفيه تبرع ، ولكن غلبوا جانب البيع لكيلا تكون صفقتان فى صفقة ، وإن كان جانب التبرع مستمراً فيه ، وهو حقيقة ثابتة لا تقبل النكران ، وأقصى ما كان من فرق بين المريض والصحيح أن المريض قد تعلق حق الورثة بمالية تركة وقيمتها ، فكان غير حر فى التبرع منها إلا بالثلث ، وأما الصحيح فإن ماله لم يتعلق به أحد ، فكان له أن يتبرع بما يشاء من غير قيد يقيده مادام بالغاً عاقلا رشيداً .

وإذا كان معنى التبرع قائما لا شك فيه . فإذا حابى الواقف أحد المستحقين استحقاقاً واجباً فى بيع فإن العدالة ومنطق القانون ومقصده توجب احتسابها من حصته الواجبة، لتكون معاملة المستحقين استحقاقاً واجباً على قسطاس مستقيم .

حرمان القاتل من الاستحقاق فى الوقف

٢١٧ — نصت المادة (٢٦) من قانون الوقف، على أنه يحرم المستحق من استحقاقه فى الوقف إذا قتل الواقف قتلا يمنع من الميراث، وكان النص على ذلك نصاً عاماً، سواء أكان القاتل مستحقاً استحقاقاً واجباً، أم كان مستحقاً استحقاقاً غير واجب، فإذا وقف شخص كل ما يملك على شخص، وليس له من يستحق استحقاقاً واجبا مطلقاً، فقتل ذلك الشخص الواقف قتلا يمنع من الميراث، فإن ذلك القاتل لا يستحق فى الوقف، ويئول الاستحقاق لمن بعده، ولو كان ذرية ذلك القاتل لأنها تدخل فى الاستحقاق بنص الواقف عليها، ولا تزر وازرة وزر أخرى، فلا يتعدى السبب الموجب للحرمان من الاستحقاق - إليها، لأنها ماجنت وما كان منها ما أوجب حرمانها من حقها.

وحرمان القاتل من الاستحقاق فى الوقف بذلك الشكل أمر جديد أتى به قانون الوقف، ولم نجد فيه نصا لا فى أمهات المذهب الحنفى، ولا فى الواقعات والفتاوى، ولذلك وقع فى أنفسنا أنه ليس فى المذهب الحنفى منع الاستحقاق فى الوقف بسبب قتل المستحق للواقف قتلا يمنع من الميراث، وليس من المعقول أنه فى نحو اثنى عشر قرنا لم يقتل مستحق واقفاً، ولم يستفت مفت فى ذلك، وكان من حق الباحث حينئذ أن ينفى أن المذهب الحنفى يقضى بمنع استحقاق المستحق لقتله الواقف.

٢١٨ — ولكن مع هذا وجدنا المذكرة التفسيرية التى اقترنت بقانون الوقف فى آخر أدواره النص الآتى: « وحرمان القاتل من الاستحقاق فى الوقف ظاهر مذهب الحنفية، وإن لم يصرحوا به، فقد قالوا ان الوقف والوصية أخوان وأن الوقف يستقى أحكامه من الوصية، وقرروا أن القتل يقتضى الحرمان من الوصية ».

هذا نص المذكرة التفسيرية ، ووجدنا أنها تصرح بأن ذلك ظاهر المذهب الحنفى ، ثم ذكرت أنه الظاهر بالقياس ، بأن قاست الوقف على الوصية ، ولم نجد هذه المقايسة فى أحكام القتل قط لأحد من أئمة المذهب ، ولا من المجتهدين فيه ، ولا المخرجين لأحكامه ، ولا المفتين الذين ابتلوا باستخراج أحكام الوقائع بالتخريج على أقوال السابقين ، ثم لم نجدها بينت علة القياس فى تلك الجزئية حتى يمكن التسليم بأن ذلك هو ظاهر المذهب الحنفى .

وقد رجعنا لفتح ذلك المغلق إلى شرح قانون الوقف لقاض كبير كان له عمل واضح ، ففيه : « وحرمان القاتل من الاستحقاق فى وقف من قتله مأخوذة من أقوال فقهاء الحنفية ، وإن كنا لا نعرف حتى الآن أحداً منهم قد عرض بشيء ما لهذا الموضوع بخصوصه . فإنهم قد قرروا أن الوصية لا تجوز لقاتل الموصى ، كانت الوصية له بالأعيان ، أو المنافع ، وقرروا أن الاستحقاق فى الوقف وصية بالمنافع وبالغلات وأجروا على الاستحقاق فى الوقف أكثر أحكام الوصية ، بل إن أحكام الاستحقاق فى الوقف يكاد يكون مصدرها الوحيد هو أحكام الوصية والتفريع عليها ، وقرروا فى صراحة أن الوقف فى هذا يستقى أحكامه من الوصية ومن هذا يخرج أن الموقوف عليه موصى له بالمنفعة والغلة فإذا قتل الواقف كان ذلك قتلا من الموصى له للموصى ، فلا تجوز الوصية له رضى بذلك المقتول أو ولى دمه أو لم يرضوا » .

٢١٩ — ذلك ما جاء فى المذكرة التفسيرية، وهذا نص ذلك الشارح الكبير ومع تقديرنا العظيم للمذكرة التفسيرية وكاتبها ، وللشرح وشارحه نخالفهم فى أن ذلك الرأى من مذهب الحنفية ، وفى الواقع أنهم متفقون معنا أنه لا نص فى ذلك المذهب الذى اتسعت الفتيا فيه ، حتى شملت ما وقع من الأحداث وما لم يقع فقدروا غير الواقع واقعاً وأفتوا فيه ، وموضع الخلاف هو فى القياس ، واعتبار ذلك القياس جليا ، حتى كأنه النص لاشك فيه ، واعتبار الاستحقاق فى الوقف

وصية واعتبار الواقف موصيا ، والموقوف عليه موصى له .

هـذا موضع الخلاف ، فإننا لا نعتبر ذلك القياس جلياً يغنى غناء النص ، ولا نعتبر الواقف على منطق المذهب الحنفى موصيا ، ولا الموقوف عليه موصى له على مقتضى ذلك المذهب .

٢٢٠ — إن الوصية تختلف فى حقيقتها عن الوقف اختلافا واضحا ،وتفترق منه افتراقاً بينا فى أثرها ، ولذلك الاختلاف أثره فى حكم قتل المستحق للوقف . وأنهما إن اتحدا فى بعض الأحكام ، كالشروط وتفسيرها ، فذلك الاتحاد ليس موجبا للاتحاد فى حكم القتل ، إذ ليس له تأثير فيه ، ولنذكر بعض أوجه الاختلاف والاتفاق بالإجمال .

(ا) إن الوقف تصرف منجز عند الحنفية والوصية تصرف مضاف إلى مابعد الموت ، والوقف إن أضيف إلى ما بعد الموت كان وصية فى شكله ووقفا فى نتيجته وغايته ، كالوصية بمنافع عين لمن لا يحصون فقد أعطاها الفقهاء حكم الوقف فى النهاية ، ولذا نص الفقهاء على وجوب أن يكون لجهة بر فى نهايته . ليستقيم التصرف وقفا ، ويسير على مقتضى الوقف . فالصيغة تكون وصية ، والنتيجة تكون وقفا ، وفى النتيجة تختلف الأحكام .

(ب) إن الوقف يقتضى خروج العين من ملك الواقف بمجرد تمامه عند الحنفية ، أما الوصية فإن العين أو الشىء الموصى به يستمر على ملك الواقف إلى أن يموت ، فليس للموصى له أى حق فى الوصية قبل موت الموصى ، أما الوقف فحق المستحق يتعلق به بمجرد تمام الوقف .

(حـ) إن الوقف فى المذهب الحنفى تصرف لازم غـــير قابل للنقض ، أما الوصية فإنها تصرف غير لازم .

(د) إن الحق فى الوصية كالحق فى الميراث ينشأ بالخلافة ، لأن الموصى

له ، والوارث يخلفان المالك فى ملكه ، بيد أن الوصية خلافة اختيارية والميراث خلافة إجبارية ، بينما الحقوق فى الوقف عند الحنفية تنشأ والواقف حى ، ولا خلافة فيه .

هذه أمور الافتراق ، وهى التى تباعد ما بين الوقف والوصية بالنسبة للقتل المبطل للوصية على مقتضى مذهب أبى يوسف المعمول به فى قانون الوصية لأن إبطال الوصية بقتل الموصى له للموصى كان ، لأن حقه يثبت بوفاة الموصى، فهو قد تعجل أمرا قبل أوانه فعوقب بحرمانه ، وذلك لايكون فى الوقف ، لأن الاستحقاق قد يكون والواقف حى يرزق، ولأن الموصى له يأخذ عن الموصى بخلافته، وبالقتل لا يستحق بالخلافة عنه اللهم إذا كان استحقاق المستحق مشروطا بموت الواقف . وهكذا نجد أوجه الخلاف أوصافا مؤثرة مانعة القياس ، لا مسوغة له، ولامبررة، حتى يقال إن ذلك ظاهر قول الحنفية . وأن القياس جلى حتى صار كالنص .

هذه أمور الاختلاف بين التصرفين ، أما أمور الاتفاق فهو بالنسبة للشروط التى يشترطها الواقفون فهى متلاقية فى جملتها مع الشروط التى يشترطها الموصون وإن كانت شروط الواقفين فى الوقف أضيق فى بعض النواحى ، لأن الشروط المنافية للتأبيد مبطلة للوقف أو ملغاه بينما هى فى الوصية محترمة ، وذلك لاختلاف الحقيقتين وتباينهما .

٢٢١ — ولقد سلك الفقهاء فى تفسير شروط الواقفين ماسلكه السابقون من الأئمة وتلاميذهم فى تفسير شروط الموصين ، وذلك لأنه عرف عن الأئمة وتلاميذهم كلام مفصل فى تفسير شروط الموصين ، ففرعوا فيها الفروع وضربوا الأمثال ، وأكثروا من التفسير والتخريج فيها ، بينما لم يؤثر عنهم كلام كثير فى تفسير شروط الواقفين، فاستقوا الكلام فى هذا الموضع من الوقف من الكلام فى مثله من الوصية ، وليس معنى ذلك أن كل الاحكام أو أكثرها فى الوقف مستقاة من أحكام الوصية ، فإن الأحكام الرئيسية للوقف التى تميز خواصه وهى ثمرة حقيقته مباينة تمام

التباين لأحكام الوصية كالتباين بين الوقف والوصية فى حقيقتهما .

وإن الاتحاد فى تفسير ألفاظ الواقفين والموصين بالنسبة للشروط ، لا يقتضى الاتحاد فى حكم القتل ، حتى يتكون من ذلك قياس ، ان الوصف الذى يتحد فيه المقيس والمقيس عليه يجب أن يكون مؤثراً ، بأن تكون ثمة مناسبة بينه وبين الحكم فى الجملة فالاسكار علة فى التحريم لأنه الوصف المؤثر المسوغ للتحريم والاتحاد فى تفسير الشروط ليس هو الوصف المؤثر فى الحكم ببطلان الوصية للقاتل .

وإن النتيجة التى يقررها الشارح الكبير من أن الوقف وصية بالمنفعة لا يستقيم بحال من الأحوال على عموم الوقف فى المذهب الحنفى ، لا وجه الاختلاف التى بيناها وخصوصا ماذكرنا من أن الوقف يخرج فيه الموقوف من ملك الواقف بتمام إنشائه ، والوصية فى كل صورها لا يخرج موضوعها من ملك الموصى إلا بالوفاة .

ان هناك صورة واحدة من صورة الوقف هى التى تتفق مع الوصية بالمنافع وهى الوقف الذى يجىء فى شكل وصية كما ذكرنا إذا كان بالمنافع على التأبيد لمن لا يحصون ، ولقد قال ابن عابدين فى هذا الوقف أنه الوقف الذى ينشأ بالضرر وإليك ما قاله ، فهذا نص كلامه :

« يثبت الوقف بالضرورة ، وصورته أن يوصى بغلة هذه الدار للمساكين أبداً ، أو لفلان وبعده للمساكين أبداً ، فإن الدار تصير وقفاً بالضرورة ، والوجه أنها كقوله إذا مت فقد وقفت دارى على كذا . وذكر فى البحر منها أنه لو قال اشتروا من غلة دارى هذه كل شهر بعشرة دراهم خبزا ، وفرقوه على المساكين ، صارت الدار وقفاً وعزاه فى الذخيرة — وبسطه فى أنفع الوسائل وقال لا أعلم فى المسألة خلافا بين الأصحاب » .

إذا كان ذلك النحو من الوصايا وقفاً ، فقد اشترط الحنفية لتكون له خواص الوقف ما يشترط لصحة الوقف عندهم ، وهو أن يكون على جهة بر ، وأن يكون الموقوف عقاراً ، وعلى ذلك لا يصح هذا النوع من الوصايا الذى

يكون وقفاً بالضرورة إذا كان الموقوف منقولا ، فقد جاء فى الدر المختار ما نصه : « لو أوصى بظهر مركبة فى سبيل الله بطلت الوصية لأن وقف المنقول باطل » .

٢٢٢ — هذا تحرير العلاقة بين الوصية والوقف ذكرناها باجمال، وهى لا تسوغ أن نأخذ كل حكم فى الوصية ونضعه فى الوقف إن كان ذلك مشتقاً من خواص الوصية التى تفترق بها عن الوقف ، ولهذا نقول إن الظاهر أن المذهب الحنفى لا يبطل استحقاق الموقوف عليه إذا قتل الواقف ، وليس الظاهر الإبطال ومن كان معه نص ، فليقدمه ونحن نخر له صاغرين ، راضين مذعنين شاكرين ، أما القياس فلا .

وأخيراً نقول إن القانون فى مضمون أحكامه يعتبر ذلك الحكم جديدا لم يكن مقرراً قبله ، ولذلك نص على أنه لا يطبق على الأوقاف الماضية إذا كان قد وقع القتل قبل العمل بهـــذا القانون ، فقد جاء فى الفقرة الرابعة من المادة ٥٧ ما نصه :

« ولا تطبق أحكام المـادة ٢٦ إذا وقع القتل قبل العمل بهذا القانون »

ولو كان المذهب الحنفى يعتبر القتل مانعاً للاستحقاق لـكان مضمون القانون مطبقاً من غير حاجة إلى استثناء . ولم يكن تطبيقه على القتل الواقع قبل القانون تطبيقاً له على الماضى بل يكون تقريراً للأحكام المطبقة من قبله ، ولـكان الاستثناء من غير باعث ولا داع ، إنما الاستثناء لـكيلا ينزع حق من صاحبه — وقد تقرر تحت ظل قانون مخالف ، فلا يرجع على الحوادث السابقة عليه بالنقض .

ولسنا فى ذلك ننتقد القانون ، بل إنا نرى القانون أتى فى هذا بأمر حسن مقبول معقول ، يتفق فى جملة أحكامه مع الشريعة فى روحها ومع قانون الوقف وهو الذى قارب فى بعض أحكامه بين الوقف والوصية ، لا المذهب الحنفى والله ولى التوفيق .

والقتل المانع من الاستحقاق هو قتل الواقف فقط ، أما قتل المستحق من

يتلق عنه الاستحقاق فإنه ليس بمانع من استحقاق القاتل ، ولقد وجد اتجاه فى مجلس الشيوخ ، يرمى إلى حرمان القاتل فى هذه الحال وهو اتجاه سليم وخصوصا بالنسبة للاستحقاق الواجب ، لأن الاستحقاق الواجب يتلق المستحق من الذرية عن أصله باعتباره وارثاً له حمى القانون ميراث أصله وميراثه ، فكان ينبغى أن يتقيد الاستحقاق بالخلو من موانع الأرث كلها ، لا القتل وحدها وخصوصاً أن القانون فرض لهم الحق لازماً ولو نص الواقف على خلافه لم يلتفت إليه — فهم بهذا الاعتبار لا يتلقون استحقاقهم من الواقف ، بل يتلقونه عن أصلهم وخصوصاً أنه إذا كان أصلهم هو الطبقة الثانية من الوقف ، فإنه إذ آلت إليهم أعيان الوقف تكون ملكا خالصاً بحكم الميراث تقريباً ، ولكن هذه الفكرة لاقت معارضة من الشرعيين ، لأن النص الفقهى أعوزهم ، وكأنهم فى كل ما أتوا من أحكام اعتمدوا على نصوص فقهية صريحة ، ولم يعتمدوا على الأقيسة الصحيحة وغير الصحيحة ، وكان غريباً أن يحمى القانون حق الذرية ، وإن لم ينص عليه ، ولا يحمى القانون ذلك الأصل إذا قتله أحد ذريته ، بل يعطيه جبراً عن الوقف ، وإن كان فى اعطائه نصرة للرذيلة والأثم والعدوان .

٢٢٣ — وقتل الواقف المانع من الاستحقاق هو القتل المانع من الميراث والقتل المانع من الميراث هو القتل العدوان سواء أكان القاتل فاعلا أصلياً منفرداً أم كان شريكا أم متسبباً ولو كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام ونفذ، ويدخل فى القتل بالتسبب الدال والمحرض ، والربيئة وهو من يراقب المكان فى أثناء مباشرة القتل ، ليضلل المغيثين . وملخص شروط القتل المانع من الميراث هو :

١ — أن يكون القتل بغير حق ، فإذا كان قصاصا أو تنفيذاً لعقوبة ، فإنه لا يكون مانعاً من موانع الميراث ، لأن المنع عقوبة ، والعقوبة لا تكون على إقامة حق وأمر عادل .

٢ — وأن يكون القاتل من أهل المسئولية الجنائية ، فإن كان صغيراً لم يبلغ

الخامسة عشرة أو كان مجنوناً أو معتوهاً أو فى حال غيبوبة ناشئة عن عقاقير أيا كان نوعها ، إذا أخذها مضطر إليها ، أو على غير علم بها ، فإن القتل فى كل هذه الصور لا يمنع الميراث والوقف .

٣ ــ وألا يكون القتل فى حال الدفاع الشرعى عن النفس أو المال ، لأن القاتل مضطر إلى ذلك إذا تعين القتل سبيل الدفاع ، وهو محق ، ولا عقوبة فى القيام بحق للشخص أو عليه .

٤ ــ وألا يكون القاتل معذوراً فى هذا القتل ، ويعتبر معذوراً إذا كان فى حال دفاع عن النفس والمال ، وجاء القتل نتيجة أنه تجاوز حد الدفاع الشرعى ، بأن لم يتعين القتل سبيل الدفاع الشرعى ، بل كان الدفاع ممكناً بما دونه ولكنه تجاوز الحد ، وعذره قائم ، لأنه فى ساعة العدوان لم يكن فى حال من الرشاد يميز بها الحدود تمييزاً سليما ، ويقدرها تقديراً مستقيما .

ومن الأعذار القانونية أيضاً إذا فاجأ زوجته فى حال زنى ، فقتلها هى والزانى فإن هذه حال يضيع فيها الرشد .

ويلحق بهذا عذر فقهى نص عليها الفقهاء فى المذهب الحنفى ، وهو حال قتل ذات الرحم المحرم إذا تيقن أنها تزنى ، فإن ذلك اعتبر عذراً شرعياً عند الحنفية ، وقد اقترح النص عليه فى بعض أدوار قانون الميراث ، ولكن رؤى عدم النص وترك الصيغة عامة ، وهى بعمومها تشمل هذه الحال ، وفوق ذلك فإن ما لم ينص عليه يكون العمل فيه على مقتضى مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه ، لأنه لا يزال الأصل القائم الذى يرجع إليه فى كل ما لا نص عليه .

ــ هذا موجز لبيان القتل المانع من الميراث ذكرناه ، لأن قانون الوقف صرح بأن القتل المانع من استحقاق المستحق فى الوقت هو الذى يمنع الميراث ، فكان لا بد من الإشارة إليه ، وذكره بعبارة موجزة .

وإذا قتل المستحق الواقف ، وحرم من الاستحقاق بسبب ذلك القتل

فما مآل نصيبه ؟ لم نجد نصا صريحا فى قانون الوقف ، لأن المادة ٣٠ التى بينت مآل نصيب المحروم لا تشمله ، لأن ذلك ليس محروما بعمل الواقف ، بل حرمانه قانونى بحكم القانون ، ولأن موضوع هذه المادة حرمان من لهم فى الأصل استحقاق واجب بحكم القانون ثم حرمهم الواقف ، وبطلان الاستحقاق بسبب القتل يعم المستحقين استحقاقا واجبا ، واستحقاقا غير واجب .

وكذلك لا تشمله بالنص الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة والعشرين ، لأن ظاهرها أيضا أنها مسوقة لمن حرمه الواقف من أصحاب الاستحقاق الواجب ، ولكن يصح أن نأخذ من فحواها الحكم فى حال القتل ، فإن المحروم بسبب القتل يكون فى حكم من مات فى حياة الواقف وقد أيدت هذا الفهم المذكرة التفسيرية ، فقد جاءت فيها تلك الصيغة العامة « ومن حرم حرمانا قانونيا من كل نصيبه الواجب اعتبر ميتا فى حياة الواقف بالنسبة لهذا النصيب جميعه وأن ذلك هو المنطق » وهو الذى يتفق مع قانون الميراث ، لأن المحروم من الميراث بسبب قيام مانع من موانعه ومنها القتل يعد فى حكم المعدوم ، ولا يؤثر فى نصيب غيره فلا يحجب غيره ، لاحجب حرمان ، ولا حجب نقصان فكان لابد أن يعتبر كذلك فى الوقف ، وقد يفهم مآل نصيبه من عموم المادة ٣٤ وأن لم يكن بصريح اللفظ .

ولكن حرمان القاتل لا يؤثر فى حرمان ذريته ، بل إنها تأخذ إذا كانت نصوص الوقف تعطيهم ، وتنظيم الاستحقاق فيه يدل على ذلك . ولا تأخذ إذا لم يكن لها حق إلا ما كانت تتلقاه عن القاتل بعد موته واستحقاقه ، ومثلها فى ذلك الوارث فإنه لا يستحق ما يستحقه ، إلا إذا كان ذلك الممنوع يحجبه من الميراث ، فإن ذلك الحجب يزول ، إذا اعتبر الممنوع فى حكم المعدوم .

٢٢٤ — ويجب لبيان مآل نصيب القاتل أن نذكر ببعض التفصيل أحوال استحقاقه.

إن القاتل إما أن يكون مستحقا استحقاقا واجبا ، وإما أن يكون مستحقا استحقاقا غير واجب بنص القانون — فإن كان استحقاقه غير واجب فإن مآل نصيبه

يكون على حسب شرط الواقف ، لأن استحاقه مستمد من هذا الشرط ، فيتبع مقتضاه ويكون حكمه حكم من يموت قبل الاستحقاق ، إن لم يكن أخذ من الاستحقاق فعلا ، أو حكم من مات بعد الاستحقاق إن كان قد آل إليه الاستحقاق وصار فى عداد المستحقين، وكل ذلك على أساس أنه يأخذ حكم من مات فى حياة الوقف ، ومن مات فى حياة الوقف ترد عليه هذه الأحوال إذ قد يجوز أن يكون قد آل إليه بمقتضى شرطه ويجوز ألا يؤول إليه بمقتضى شرطه أيضا ، وفى كل الأحوال يتبع نص الواقف المعتبر شرعا وقانوناً ، فهو الشريعة والمنهاج فى هذه الحال .

— وإن كان القاتل فى الأصل من بين أصحاب الاستحقاق الواجب فإنه يعتبر فى حكم المعدوم ، ولا يؤثر فى نصيب غيره مطلقاً ، فإذا كان الورثة زوجة وأخا شقيقه وأما وبنتاً وإبناً قاتلا ، وثلثا التركة عشرون ومائة فدان وقفاً فإن الزوجة تستحق ثمن التركة استحقاقاً واجباً والأم سدسه ، والبنت نصفه ، والباقى من الثلثين يلحق بالثلث الحر ، ويكون ماقرره الواقف القول الفصل فيه .

وإذا كان هذا الابن القاتل ذرية لا تأخذ شيئاً إذا لم تكن مستحقة استحقاقاً واجباً بنفسها ، بأن كانت باعتباره ميتاً صارت وارثة ومستحقة استحقاقاً واجباً ، ولا يؤول نصيبه إليها إذا كانت تتلقاه عنه ، لأنه بقتله الواقف أصبح ممنوعا من الميراث ، فلم يكن من الذرية الوارثة فلا يستحق شيئا ، ولا تتلقى ذريته عنه شيئاً ، لأنه لم يكن وارثاً ، وأساس الاستحقاق الواجب أن يكون المستحق وارثا بالفعل عند الوفاة وبقيام المانع من الإرث قد زال عنه ذلك الوصف الذى كان السبب فى الاستحقاق الواجب فلا تأخذ ذريته شيئا عنه ، ولا يتلقى أحد منه شيئاً ، لأنه لم يأخذ شيئا .

وان هذا إذا لم يكن الواقف قد أعطى الذرية بالنص عليها وإلا فإنها تستحق

بمقتضى ذلك النص ، لا بمقتضى القانون ، أو التلقى عن القاتل ، فإذا قال وقفت ما أملك على ولدى ثم على ذريته . ثم بطل استحقاق الابن فإن ذريته تأخذ بمقتضى ذلك النص .

ولكن الأمر الذى يحتاج إلى نظر إذا كان الواقف قد وقف ثلثى ماله على المستحقين استحقاقا واجبا وباقى المال على جهة بر مثلا ، وكان المستحقون استحقاقا واجباً مثلا (وهم الورثة كلهم) زوجته وأولاده ، وهم ثلاث بنين وبنت ومن بعدهم على ذريته ، ومن مات فى حياة الواقف قام ولده مقامه فى الدرجة والاستحقاق فجاء أحد هؤلاء الأبناء وقتل الواقف ، أفيعتبر فى حكم الميت ويكون المستحقون استحقاقا واجباً الابنين الباقين والبنت والزوجة وحقهم فى قدر الثلثين كله لا فى بعضه . وتكون فى هذه الحال لو أعطينا أولاده الابن القاتل يشطر ذلك من الثلثين اللذين يجب أن يخلصا للابنين والبنت والزوجة ، فيبطل استحقاق ذرية ذلك القاتل ويكون الوقف كله بين جهة البر بالثلث ، والمستحقين استحقاقا واجبا من الورثة والثلثين ، لأن استحقاقهم جاء بالتلقى عن أبيهم وأبوهم لم يأخذ شيئاً . فلا يأخذون له شيئا ، أم يستحقون نصيب أبيهم مشطوراً من الثلثين ؟

وهذه هى المسألة التى تلتمس الجواب عنها من قانون الوقف ، وقد وجدنا هذا الجواب فى المادة ٢٩ من قانون الوقف وهى تجعل للواقف الحق أن يجعل لفرع من مات فى حياته نصيب أصله ، وقد اعتبرنا القاتل فى حكم الميت فى حياة الواقف فيكون لفرعه من مات فى حياته نصيب بمقتضى نص الواقف فى المسألة السابقة ويشاركون أعمامهم بحصة أبيهم ، وإليك نص المادة ٢٩ « للواقف أن يجعل لفرع من توفى من أولاده فى حياته استحقاقا فى الوقف بقدر ما كان يجب لأصله بمقتضى المادة ٢٤ لو كان موجوداً عند موت الواقف ، وبقدر ما يملك ولو تجاوز هذا الاستحقاق ثلث ماله » .

وعلى ذلك تشطر ذرية القاتل مقدار نصيب أبيهم من الثلثين ما دام قدنص عليهم على النحو السابق ، فما تأخذه الذرية بمقتضى المادة ٢٩ يكون من الثلثين اللذين يستحق منها أصحاب الاستحقاق الواجب وقد بينت ذلك المذكرة التفسيرية ، فقد جاء فيها النص الآتى :

« إذا كان الوارثون من ذرية الواقف وزرجه أو أزواجه ووالديه يجب لكل منهم بمقتضى أحكام المادة ٢٤ استحقاق فى وقف ما زاد على ثلث ماله وفقاً لأحكام الميراث فقد أباحت له المادة ٢٩ أن يجعل لفرع من توفى من أولاده فى حياته استحقاقاً فى الوقف بقدر ما كان يجب لأصله طبقا لهذه المادة لو كان الأصل موجودا عند موت الواقف ، أو بقدر ما يكمله إذا كان هذا الفرع وارثا ، وكان ميراثه أقل مما كان يرثه أصله . وقد يترتب على هذا نقصان نصيب الوارث عن مقدار ما كان يرثة فيما إذا زاد على الثلث متى نظرنا إلى الورثة الموجودين بالفعل عند موت مورثهم وحدهم وينخفض ما يجب له عن ذلك إلى مقدار ما يرثه مع افتراض وجود من مات من ورثه الواقف فى حياته . . . فمن كان له تسعون فدانا وقفها كلها قبل العمل بهذا القانون على أولاده وذريتهم ، وجعل ثلاثين منها لأولاد ابنه الذى توفى قبل وقفه ، ومات عن ابنين وارثين فقط نفذ شرطه . وإذا كان قد وقف منها ثلاثين فدانا قبل العمل بهذا القانون على جهات خيرية أو غير ذريته ، ثم وقف الستين الباقية على أولاده وذريتهم وجعل منها عشرين فدانا لولد من مات قبل وقفه وتوفى عن ابنين وارثين فقط نفذ ماصنع . وإن كان ثلث ماله قد استنفد قبل القانون وكان فى ذلك مساس بالابنين الوارثين بمقتضى المادة ٢٤ » .

٢٢٥ — وحكم القتل بالنسبة للاستحقاق الواجب وذرية المستحق هو حكم أى مانع من موانع الأرث الأخرى ، فإذا كان الواقف مسيحيا ، وله ابن ينتمى إلى دولة يمنع قانونها توريث الأجنبى منها ، فإن ذلك الأبن يكون ممنوعا من الميراث ،

ويكون أولاده من حيث الاستحقاق كأولاد القاتل ، وكان ذلك الابن ممنوعا لأن قانون الميراث عَدّ اختلاف الدار مانعا من الميراث إذا كان قانون الدولة التى ينتمى إليها الوارث يمنع ميراث الأجنبي عنها، وكذلك إذا أسلم رجل وله أولاد مسلمون لا يكون مستحقا الاستحقاق الواجب إلا الأولاد المسلمون ، وذرية الأولاد المسيحيين يكونون كذرية أولاد القاتل .

٢٢٦ — ولماذا نص القانون على القتل ،ولم ينص على غيره من موانع الأرث؟ الجواب عن ذلك أنه بالنسبة للاستحقاق الواجب لم يكن حاجة إلى النص على أى مانع من موانعه ، القتل أو غيره ، لأن شرط ذلك الاستحقاق هو الأرث بشروطه ، فإذا وجد مانع لم يتحقق شرط الأرث فلم يكن ثمة حاجة إلى ذكر أى مانع من الموانع ولكن ذكر القتل لبيان أنه أن وجد يمنع الاستحقاق، سواء أكان الاستحقاق الواجب أم غيره ، فاحتيج إلى ذكره ، أما غيره من موانع الأرث فهو بالنسبة للوقف ليس له هذا العموم ، إنما هو خاص بالاستحقاق الواجب ، وليس ثمة حاجة إلى ذكره .

٢٢٧ — وحرمان القاتل للواقف حكم عام يشمل الأوقاف القديمة والجديدة، فهو لم يستثن فى التطبيق قط ، بل يطبق على الأوقاف القديمة كلها ، حتى الأوقاف التى نصت عليها المادة (٦١) فالمادة (٢٦) ، الخاصة بحرمان القاتل لم تكن من المواد المستثناة إلا إذا كان القتل سابقاً على القانون .

٣ – مسوغات الحرمان الاختيارية

٢٢٨ – إذا وقف شخص وله ذرية وارثة أو زوجة أو أبوان ، وجب أن يتوافر لهم فى وقفة استحقاق بقدر ميراثهم فى الثلثين كما ذكرنا ، وان وقف على غيرهم وحرمهم تحول الوقف إليهم بمقدار استحقاقهم بحكم القانون ، غير أن القانون لاحظ بعض الأحوال النفسية ، فأباح للواقف ثلاثة أمور :

أولها : أن يجعل الوقف على الأبوين والزوج مقصورا عليهم مدى حياتهم وفى ذلك ملاحظة لذريته ، وقد تكون ذرية ضعافا يحتاجون إلى فضل المال ، ولأن القانون يسير على منطقه من تسويغ حرمان الاخوة والأخوات إلى آخر مداه فجعل للواقف حق منع وصول أى شىء اليهم بجعل استحقاق الأبوين مدى حياتهما ، ومن بعدها لذريته هو . وفى ذلك ما فيه ، وقد بيناه فى موضعه من القسم الأول من بحثنا عند الكلام فى مدى حماية قانون الوقف لميراث من اختصهم بحمايته من الورثة ، وقلنا فى ذلك ما أرضينا به ضميرنا الدينى بالنسبة للفرائض التى نص عليها فى كتاب الله الذى لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه ، والله على ما تقول شهيد .

ثانيها : أنه أبيح للزوجة أن تحرم زوجها من وقفها ، أو تشترط حرمانه فى حالين (إحداهما) إذا طلقها ، وذلك معقول ومتفق مع المنطق ، لأنه بطلاقها سار فى طريق ألا يكون وارثا لها ، وبذلك لا يكون له حق فى استحقاق واجب ، لأن أساس الاستحقاق الواجب هو الميراث ، وقد نقض هو سببه ، وهل يعود له حقه إذا عادت إلى ذمته بمراجعة فى طلاق رجعى ، أو بعقد جديد فى طلاق بأن ؟ إن لذلك فضلا من البيان سنتجه اليه .

ثالثها : إذا تزوج بغيرها ، وهى فى عصمته إذ تكون فى حالة نفسية قد اعتبرها الشارع ولاحظها ، ولم يعتبره مستحقا للحماية ، ولا فرق بين أن يكون سبب

الزواج من قبلها كعقر ، أو كان من قبله كاندفاع غير متبصر فيه ، وذلك سير على ما اتجه اليه بعض المفكرين فى مصر من تقييد تعدد الزوجات ما أمكن التقييد ، أو واتت الفرصة لمحاربته ، ولو فى بعض القوانين التى قصد بها حماية بعض الوارثين .

وثالثها : ان القانون أعطى الواقف الحق فى حرمان المستحق الذى تكون لديه أسباب قوية لحرمانه إذا رأت محكمة التصرفات بعد تحقيقها وثبوت أنها كافية لما ارتآه الواقف من حرمان سواء أكانت الأسباب عيوبا شخصية للمحروم ، أم كانت تنظيما عادلا لأموال الأسرة أقام الدليل على عدله ، أم كانت عقوقا للواقف ، أو نحو ذلك مما يكون موضع دراسة عميقة .

٢٢٩ — هذا مجمل للمسوغات التى سوغ القانون فيها الحرمان الاختيارى من الاستحقاق وان ذلك الاجمال لا يكفى فى بحثنا وقد فصلنا القول فى القسم الأول من هذا البحث فيما يتعلق بجعل استحقاق الزوج والأبوين فى حياتهما ومن بعدهم لذرية الواقف ، ولذلك لا نعرج عليه بالتفصيل فى هذا القسم .

أما الأمران الثانى والثالث ، فإن علينا أن نفصل القول بعض التفصيل فيهما ، إذ لم يسبق لذلك بيان لنا من قبل ، ولا يغنى فيهما الاجمال عن بعض التفصيل .

وأولها : وهو الخاص بحرمان الزوجة زوجها من وقفها إذا تزوج بغيرها وهى فى عصمته ، أو طلقها ، وقد نصت عليه المادة ٢٧ فى الفقرة الأخيرة منها ، وذلك نصها :

« وللزوجة أن تحرم زوجها من وقفها ، أو تشترط حرمانه إذا تزوج بغيرها ، وهى فى عصمته ، أو إذا طلقها » وقد جاء فى المذكرة التفسيرية فى بيان الباعث على ذلك ما نصه :

« للزوجة أن تحرم زوجها من وقفها ابتداء ، أو تخرجه من وقفها ، إذا تزوج بغيرها وهى فى عصمته ، كما أن لها أن تشترط حرمانه من الاستحقاق إذا فعل ذلك ، ولها أن تصنع ذلك أيضا إذا طلقها ، ولو كان طلاقا رجعيا لا ينقطع به حق التوارث ،

وقد جعل لها ذلك الحق استثناء من أحكام المادة ٢٤ لما فيه من المصلحة الظاهرة للزوجة الواقفة ولما فيه من المصلحة العامة لأنه طريق من الطرق السليمة لمحاربة الطلاق وتعدد الزوجات » .

٢٣١ — هذا نص القانون ومذكرته التفسيرية فى هذا المقام ، وهما صريحان فى أن للزوجة أن تشترط حرمان زوجها من الوقف حرماناً كلياً أو جزئياً فى حالين : (إحداهما) إذا تزوج عليها وهى فى عصمته ، (والثانية) إذا طلقها أما الحال الأولى وهى الزواج بغيرها وهى فى عصمته . فإن نص القانون يفيد أن اشتراطها ذلك الشرط لا يكون سائغاً إلا إذا قيد بأن الزواج من غيرها ، وهى فى عصمته ، فإذا لم يقيد ذلك التقييد ، فإنه يكون لغواً ، وعلى ذلك إذا اشترطت فى وقفيتها حرمان زوجها إن تزوج بغيرها وهى فى عصمته ، ولم تأت بذكر لحرمانه بسبب طلاقها ، لأنها لم تتوقع أن يطلقها بعد طول الصحبة وحسن المودة ، ولكنها توقعت أن يتزوج غيرها لهوى جامح يعرض له ، ففى هذه الحال إذا طلقها حتى إذا إنتهت عدتها تزوج عليها ، واستمر مع زوجته ثم عقد عليها من جديد ، فإن شرطها يكون لاغياً لا يلتفت إليه . لأنه لا يفيد حرماناً قط ، ولو رجعت فى وقفها لا يسوغ حرمانه من جديد ، فإن القانون يجيز اشتراط عدم الزواج وهى فى عصمته ، ولا يجيز إشتراط تطليق غيرها ، لأنه لا نص فبقى على أصل المنع .

ويكون القانون غريباً إذ أنه يهدم بعضه بعضاً ، فهو بلا شك يقصد إلى حماية المرأة من الزواج بغيرها . ومنع الزوج من ذلك ، فسوغ لها هذا الاشتراط ، ثم أضاف كلمة بعصمته فسوغت هذه الكلمة هدم الفكرة وإضافة إساءة أخرى أقوى من الإساءة الأولى إن لم تشترط الحرمان عند الطلاق . بأن يطلقها حتى تبين ، ثم يتزوج غيرها ، ثم يعيدها ، وقد تكون حالها الشخصية ، وحال أولادها أو شيخوختها واضطرارها أن تعيش فى كنف رجل من الأمور التى تضطرها إلى العودة إليه على أى حال فتعود ،

وقد ظلمت ظلماً بينا ، واعتكرت حياتها مرتين بهذا الاشتراط ، وربما لو لم تشترطه لم تعتكر إلا مرة واحدة .

٢٣٢ — ثم ما المراد من كلمة « بعصمته » أيراد بها أن تكون الزوجية قائمة ، أم يراد بها أن تكون العلائق الزوجية لم تنته ؟ ان هذا التعبير لا يعد إصطلاحاً فقهياً محرر المعنى فى كتب الفقه ، ولذلك وجب أن نفسره بما يتفق مع مرمى القانون ومقصده ، ما دامت الكلمة ليس لها معنى قائم بذاته ينصرف إليه اللفظ :

ان أحوال الرجل مع المرأة التى ارتبط معها بعلاقة زوجية ثلاث : (أولها) أن تكون الزوجية قائمة لم تطلق . (ثانيهما) أن يطلقها طلاقا رجعياً والعدة لم تنته . (ثالثاً) أن يطلقها طلاقا بائناً والعدة لم تنته .

أما الحال الأولى فإنها بلا شك فى عصمته فى هذه المدة ، والثانية كذلك بمقتضى أحكام الفقه لأن الطلاق الرجعى فى مدة العدة لا يزيل ملكا ولا حلا ، فما يملك الزوج على زوجته من حقوق ثابت قائم ، ولذلك لا يمنع التوارث إذا مات أحدهما فى العدة ، ولا يحل مؤجل الصداق إذا كان مؤجلا لأقرب الأجلين : الطلاق أو الوفاة ، وله أن يراجعها من غير إرادتها فى مدة العدة فكانت كل الحقوق ثابتة قائمة ، وعلى ذلك تعد المطلقة طلاقا رجعياً فى عصمته ، فإذا تزوج عليها ، وهى معتدة من طلاق رجعى ثم راجعها يكون غير مستحق استحقاقاً واجباً ، لشرطها لأنه تزوج بغيرها ، وهى فى عصمته .

أما الحال الثالثة ، وهى المعتدة من طلاق بائن ، أفتعتبر فى عصمته أم لا تعتبر؟ ان المعتدة من طلاق بائن تجب لها نفقة العدة ، ولا تخرج من بيتها ، وتعد ناشزه إن خرجت لقوله تعالى : « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » .

وان الفقهاء جميعاً يقررون أن العدة حق المسلم من غير أن ينفوا أنها تكون

أيضاً حقاً لله ، وإذا كانت هذه الأحكام مقررة ثابتة ، فمن الحق علينا أن نقول أن المعتدة من طلاق بائن تكون فى عصمته بدليل أنه ليس له أن يتزوج أختها حتى تنتهى العدة وليس له أن يتزوج خالة لها حتى تنتهى عدة من طلقها ، وأنا نميل لذلك ، ولا يصح أن يقال إن ملكه قد زال ، لأن كلمة العصمة ليست مرادفة لكلمة الملك ، انما هى فى جملة مدلولها يراد بها بقاء بعض حقوق الزوجية ، وذلك ثابت فى المطلقة طلاقا بائناً على أنا مع ذلك لا نقول أن من يقول أن حال المعتدة من طلاق بائن لا تكون فى العصمة باطل بيقين ، ـ ولكنا نرجح غيره ، إذ أن كلمة « العصمة » غير محدودة المعنى ، واضحـــة المدلول ، مثبتة له بطريق الجزم واليقين .

٢٣٣ ــ وأخيراً نقول إننا لا نرى مبرراً مطلقاً لهذا التقييد ـ بل نرى أن الذى يتفق مع مايرمى إليه القانون فى الجملة ، وهو تصعيب تعدد الزوجات يوجب أن تجعل لها الحق المطلق فى أن تشترط عدم التزوج بغيرها ، سواء أكان الزواج بغيرها ، وهى التى فى عصمته أم كان بعد أن طلقها لتستقيم فكرة القانون ، وتتحقق غايته ، بل إنه لو كان لنا أن نفسر القانون بمقاصده وغاياته لقلنا أن كلمة ــ بعصمته ــ لغو غير مقصود ، ولكنا لا نفرض اللغو فى ألفاظ القوانين ، ولا تهدم الألفاظ بالمقاصد العامة للقانون ، والغايات الباعثة عليه ، فإن ذلك لو عمم لكان فيه السبيل للخروج من أحكام القوانين بالحق وبالباطل ، ولا دعى كل خارج عليه أن المبرر روح القانون ومقصده وغايته .

٢٣٤ ــ وإذا اشترطت ألا يتزوج عليها وهى فى عصمته ، فتزوج عليها امرأة والزوجية قائمة بينه وبينهما ، ثم طلقها ، أيعود له حقه الواجب ، ويعتبر الشرط الذى اشترطته قد نفذ كاملا ، لأنه بطلاق من تزوجها يكون قد نفذ شرطها ، أو بالطلاق يكون قد ألغى زواجه بغيرها ، ويعتبر كأن لم يكن ؟ إن الإجابة عن هذا السؤال تستدعى نظراً عميقاً فى عبارة القانون ومرماه .

إن عبارة القانون نصها « للزوجة أن تحرم زوجها من وقفها ، أو تشترط حرمانه إذا تزوج عليها بغيرها وهى فى عصمته ، وهذه العبارة تفيد أنه إن تزوج بغيرها يتحقق شرط الحرمان ، لأنه منوط بمقتضى النص بوقوع التزوج وقد وقع ، فيتحقق الحرمان ، وإذا طلقها لا تزول الحقيقة وان انتهت ، وليس السبب هو الاستمرار فى الزواج بغيرها إلى الوفاة ، إنما سبب الحرمان بمقتضى النص هو التزوج فقط ، والاستمرار ليس فى القانون ما يدل عليه ، ولأن بعض الغرض من جواز هذا الشرط كما تقول المذكرة التفسيرية هو محاربة تعدد الزوجات بطرق سليمة ، ولا يتحقق ذلك الغرض إذا كان يتزوج ثم يطلق ، ثم يتزوج ثم يطلق ، بل إنه يتعدد الزواج ، ويتعدد الطلاق ، وإن كانت الجناية ليست على الواقفة وحدها ، بل اشترك معها المنكوبات بهذا المزواج المطلاق ، ومن جهة أخرى ان ذلك الشرط الغرض منه أيضاً مصلحتها الظاهرة فى ألا يعكر صفو حياتها معه بادخال الضرائر عليهما من وقت لآخر ، وإنه بالتزوج قد تحقق التعكير والأذى ، وإن الملاحظ أن الذواقين فى الغالب لا يبقى معهم إلا الزوجة الأولى ، ويتزوجون ويطلقون ، حتى إذا انهكت قواهم لا يبقى فى عصمتهم إلا الزوجة الأولى الصبور على تلك الحياة الضنك .

٢٣٥ — ولكن مع هذا النظر العميق الذى وضحناه يميل بعض الشراح إلى أن اشتراط الحرمان إذا تزوج بغيرها ، يزول فيه الحرمان إذا طلق من تزوجها ، فهو يرى أن سبب الحرمان هو الاستمرار على الزواج بغيرها لا مجرد الزواج ، وعلى ذلك إذا تزوج ثم طلق ، ثم تزوج ثم طلق ، وانتهى به المطاف إلى أن بقى مع الواقفة وحدها ، يكون سبب الحرمان قد زال ، وتطبق على ذلك الفقرة الأخيرة من المادة ٢٥ التى تقول « ويعود له حقه إذا زال سبب الحرمان » وكذلك الفقرة الأخيرة من المادة ٣٤ التى تقول « ويعود إلى المحروم نصيبه متى زال سبب الحرمان » .

ولكن إذا فسر الشرط الذى سوغه القانون للحرمان عندالزواج بأخرى بأنه الاستمرارعلى الزواج من غيرهاحتى وفاتها لا يتحقق وجوده بمجرد الزواج، بل لابد من استمراره ، وعلى ذلك يكون سبب الحرمان ليس هو مجرد الزواج، بل يكون السبب هو الاستمرار ، والاستمرار غير قابل للزوال أيضاً ، إذ هو معنى لا يتحقق إلا بالبقاء إلى موتها ، فهو كمرض الموت لا يتحقق كونه مرض الموت الا إذا مات معه فعلا ، فلا يكون قابلا للزوال ، فلا محل لفرضه وتطبق المادة ٢٥

ولا يتأتى أن يكون سبب الحرمان غير قابل للزوال ، وتنطبق عليه الفقرتان الأخريان من المادتين السابقتين إلا إذا كان المراد غير التزوج وغير الاستمرار على الزواج ، بأن يكون السبب العشرة الزوجية بغيرها فهى التى إذا كانت تزول ، إذ هى حال تبقى وتزول وليس فى عبارة القانون مايدل عليها ، أما التزوج المجرد فواقعة ، والوقائع لا يتصور زوالها وكذلك الاستمرار .

٢٣٦ — ومن هذا يتبين أننا نميل إلى المعنى الأول ،وهو أن الزواج متى حصل لا يعود وجوب الاستحقاق ، لكى يتحقق الغرض من المادة ، ويتحقق التفسير اللفظى وإن كان التفسير الثانى ليس باطلا من كل الوجوه فلا نجزم ببطلانه .

وقد يقول قائل إننا إذا لم نقل ان التزوج إذا كان سبباً للحرمان كان قابلا للزوال ، فكيف تطبق الفقرتان السابقتان من المادتين ٢٥ و ٣٤ — ؟ والجواب عن ذلك أن موضع تطبيقها متسع فى غير هذا الموضع ، مثل أن يشترط لاستحقاق إبنه الا يتزوج من أجنبية ، ويعود إليه الاستحقاق ان طلقها ، ومثل أن تشترط الواقفة ألا يتزوج عليها وأن يعود إليه الاستحقاق ان طلق من تزوجها ، فإن الشرط الذى أوجب الحرمان نفسه يكون متضمنا عودته إن زالت ، أو أن يقول لا يستحق إبنى فلان مابقى عل زواجه من فلانه الأجنبية. ونحو ذلك مما سنبينه فى أسباب الحرمان الأخرى ، وقد ذكرت المذكرة التفسيرية مثلا لتطبيقها ، وهذا نصها فى هذا المقام : « وإذا كان الحرمان لسبب يمكن زواله ، فزال هذا السبب عاد للمحروم نصيبه ، كما كان ، وان لم ينص الواقف

على عودة النصيب له إذا زال سبب الحرمان ، وقد أخذ هذا من مذهب الشافعية ، فإذا شرط حرمان من ركبه دين فاستدان بعض الموقوف عليهم لغير مصلحة ذات شأن ، وصار محروماً ، ثم سدد دينه بعد ذلك عاد إليه الاستحقاق من وقت زوال سبب الحرمان وأن لم يشرط الواقف عودته » .

هذا ما قالته المذكرة التفسيرية :

٢٣٧ — قد تبين من هذا رأينا فيما إذا شرطت ألا يتزوج غيرها، وهى فى عصمته فلننتقل بعد ذلك إلى اشتراطها ألا يطلقها فإنها إن اشترطت ذلك وماتت وهى مطلقة لا يستحق شيئاً من الغلات ، سواء أكان الطلاق رجعياً أم كان بائناً ، وسواء أكانت العدة قائمة أم كانت غير قائمة ، لأنه إن كان الطلاق بائناً فلا ميراث للزوج سواء أكان الموت فى العدة أم بعدها ، وكذلك إذا كان رجعياً وانتهت العدة ، والاستحقاق الواجب مبنى على حق الميراث ، فإذا زال الميراث زال ما انبنى عليه ، أما إذا كان الطلاق رجعياً والموت وهى فى العدة فهذا موطن الاشتراط ، ولو استحق مع الاشتراط ما كان للاشتراط معنى ، وما كان للقانون فائدة من تسويغه ، ولأن مرمى القانون أن يمنع من التطليق ، أو يقلل منه سوغ ذلك الاشتراط له ، كما جاء فى المذكرة التفسيرية التى أشرنا إليها ، ولأنه بالتطليق قد عكر صفو حياتها ، وأرهق نفسها بالحرمان من الزواج ، فكان الحرمان من الاستحقاق مقابلة بالمثل فى نظر القانون .

ولكن إذا اشترطت ألا يطلقها ، فطلقها طلاقا رجعياً ثم راجعها فى العدة ، أو طلاقا بائناً ثم عقد عقداً جديداً ، فهل يعود إليه الإستحقاق الواجب ؟ قال بعض الشراح للقانون إنه يعود إليه الاستحقاق ولو كان قد كرر الطلاق ، وطلقها الثالثة ، وانتهى الحل ، ولم تعد إليه إلا بعد أن تزوجت زوجاً آخر ودخل بها ثم طلقها ، وانتهت عدتها منه ، وعادت بحل جديد .

وينبعث من جديد تطبيق الفقرة الأخيرة من المادتين ٢٥ و ٣٤ الذى

خالفناه فى التزوج بغيرها مستمدين المخالفة من لفظ القانون ، ومرماه وغرضه .

ومن الواجب أن نتكلم عن ذلك الجزء من هاتين المادتين ببعض الإيضاح فنقول إنه من المقرر أن الأحداث إذا وقعت لا تزول من الوجود فإذا أوقع طلاقا فقد سجله الوجود ، وإن أزال آثاره وأعاد زوجه إليه ، وإن تزوج على امرأته فإن ذلك الفعل قد سجله الوجود وما يسجله الوجود لا يقبل المحو ، وإن كان من الممكن إزالة آثاره . هذه بدهية عقلية لاتقبل النقض ، وكذلك من البدهيات أن الأحوال تقبل الزوال ، فكون فلانة زوجة حال تقبل الزوال ، وكونها أرملة حال تقبل الزوال ، وكونها مطلقة فلان حال تقبل الزوال ، وكونه مدينا حال تقبل الزوال ... وهكذا .

وعلى ذلك نستطيع أن نقول أن الفقرة الأخيرة من المادتين ٢٥ و ٣٤ تنطبق كل الانطباق على أسباب الحرمان التى تكون أحوالا قابلة للزوال ، فمن اشترط ، أن تعطى قريبته الفلانية مادامت خالية من الازواج ، وحرمها إذا كانت متزوجة فإنها إذا طلقت ، وانتهت الحياة الزوجية فإن سبب الحرمان يزول فيعود إليها الحق ، ولكن لاينطبق هذا على الأحداث التى يشترط الواقف نفيها ، فإذا اشترط الواقف ألا تعطى أخته إذا تزوجت ، فتزوجت ثم طلقت أيعود إليها الاستحقاق ؟ اننا لو طبقنا حرفية الشرط دون مقصده لا يعود . ولكن قد ثار بين الفقهاء خلاف فيما إذا اشترط الواقف مثل هـــذا الشرط فقط جاء فى ابن عابدين فيما إذا اشترط الواقف حرمان ابنته إذا تزوجت أن فى هذه المسألة خلافا إذا تزوجت ثم طلقت ، فبعض الحنفية قال إن حقها فى الاستحقاق يعود ، لأن غرض الواقف أن يحرمها من الاستحقاق إذا استغنت عنه بالزواج ، فإذا زال الزواج ذهب ذلك الاستغناء ، وجاءت الحاجة التى كانت هى الباعث على أصل الاستحقاق وقال الأكثرون من الحنفية أنها إن تزوجت لا يعود إليها الاستحقاق إن طلقت ، لأن الاستحقاق مقيد بعدم

وقوع الفعل ، وقد وقع الفعل ، فزال الموجب للاستحقاق ، وهو نص الواقف .

ومذهب الشافعية على الرأى الأول ، فاذا شرط الواقف حرمان من ركبه دين فاستدان فانه يحرم ثم إذا زال الدين بالأداء عاد الاستحقاق ، لأن غرض الواقف منع الاستدانة أو عدم الاستمرار فيها ، فإذا سدد فقد تحقق غرضه فى الجملة .

٢٣٨ — هذا ما قاله الفقها فلننظر فى اشتراط الواقفة إلا يتزوج عليها أو يطلق انفسر القانون بالتفسير الحرفى ، وهو وقوع الحدث الذى كان سبب الحرمان فى اشتراطها وهو التزوج أو الطلاق ، أم نفسره بالأثر وهو بقاؤها ضرة أو بقاؤها مطلقة؟ ان القانون ما كان يحتمل إلا احتمالا واحدا وهو الأول لولا ان المذكرة التفسيرية التى قالت أنها أخذت الفقرة الأخيرة من المادتين ٢٥ ، ٣٤ من المذهب الشافعى ، فإن هذه الجملة من المذكرة قد توهم أنه يحمل لفظ القانون على معنى بقاء الأثر وزواله ، ولكنا على أى حال نفسر اللفظ فى هذه الجزئية بما يتفق مع غرض القانون المنصوص عليه فى المذكرة التفسيرية فى هذا المقام، وبما يتفق مع غرض الواقفة من الاشتراط والفقرة المنصوصة عليها فى المادتين المذكورتين ، وما جاء فى المذكرة خاصا بهما له متسع فى غير هـــذه الجزئية ، والعبارات العامة لا ترد على العبارات الخاصة فتخصصها ، أو تمنع إطلاقها ، والفقرة المذكورة عامة ، والمادة التى ترخص فى اشتراط الحرمان للتزوج والطلاق خاصة فلا يخصصها عام .

لقد صرحت المذكرة التفسيرية أن الغرض من تسويغ اشتراط الحرمان عند الطلاق والتزوج بغيرها هو محاربة التعدد والطلاق بطريق مشروع ، فهل يتحقق ذلك الغرض إذا تزوج عليها ، ثم طلق من تزوج ، ثم تزوج عليها ، ثم طلق من تزوج؟ ان التعدد فى هذه الحال قد تحقق بأبشع صورة فكان الرجل مزواجا مطلاقا ملعونا فى سنة النبى صلى الله عليه وسلم كما أشرنا من قبل، ثم إذا طلق الواقفة ثم راجعها ثم طلقها ثم راجعها ثم طلقها ثم اتخذ أقبح الأحوال سبيلا لإعادتها بتوسيط زواج محلل ، ان صح أن نسمى ذلك زواجا،واضطرت إلى قبول ذلك

محافظة على أولادها ، فإن سوغنا استحقاقه مع ذلك أنكون قد حاربنا الطلاق ، كلا بل إننا نكون قد سوغناه على أقبح صورة .

ثم عند الاشتراط أهى ترمى به إلى أنه إن تزوج بغيرها ألا يستمر على العشرة معها أو ان طلقها لا يستمر على الانفصال أم هى ترمى إلى تحريم ذلك عليه وإلا يعكر صفو حياتها بضرة يدخلها عليها ، أو بطلاق يقع منه ؟ أن غرضها بلا شك هو الثانى ، فليفسر القانون والشرط ذلك التفسير .

ولهذا نحن نرى أنها إذا اشترطت حرمانه ان طلقها أو تزوج بغيرها ، فانه يحرم بمجرد التزوج أو التطليق ، ولو عاد اليها بعد الطلاق ، أو طلق من تزوجها ، ثم إذا أرادت أن تعيد استحقاقه فلتغير فيما اشترطت ان رأت ان العشرة قد استقامت ، ورغبت فى أن يبقى مستقيما إلى النهاية ،

٢٣٩ — هذان مسوغان للحرمان ، وهما خاصان بزوج الواقفة ، وهناك مسوغات عامة ذكرت بالتعريف دون العدد والاحصاء ، وقد ذكرتها المادة ٢٧ فى صدرها إذ تقول :

« للواقف أن يحرم صاحب الاستحقاق الواجب من كل أو بعض مايجب له ، فى وقفه ، متى كانت لديه أسباب قوية ترى محكمة التصرفات بعد تحقيقها انها كافية لما ذكر » .

هذا هو النص الوارد فى ذلك ، وهو مجمل لا يمكن العمل به إلا ببيان وضرب للأمثال ، حتى يقاس عليها غيرها ، ولذا كان حقا علينا أن نرجع إلى المذكرة التفسيرية فى تفصيل ما أجمل القانون ، وهذا نصها فى هذا المقام :

« وقد أعطى هذا للواقف استثناء من أحكام المادة ٢٤ لأن هناك من الأمور ماله شأن كبير فى نظر الواقفين ، ويجب احترامه ، لما له من المساس بالأخلاق الفاضلة والسلوك المستقيم ، وبكيان الأسرة وكرامتها ، بل قد يكون له مساس بخير

الوطن نفسه ، فليس من الخير ولا من العدل فى شىء أن يلزم الواقف بأن يجعل فى وقفه استحقاقا لمن يندفع وراء شيطانه ويعق والديه مثلا العقوق الذى لا يقره الدين ولا العرف ، أو يحاول اغتيال الواقف أو يلحق به أو بأسرته ضرراً جسيما ، أو يخل بما يجب عليه نحو أسرته اخلالا شائنا وليس من الانصاف أن نحد من حرية الواقف ونمنعه إذا أرسل ابنه للتعليم خارج القطر من أن يشترط حرمانه من الاستحقاق فى وقفه إذا تزوج من غير أبناء بلده وملته ، وهذا الشرط يدل على حسن تقدير الواقف ومبلغ حرصه على ثروة بلده ، والاحتفاظ بها لقومه وبنى وطنه وحماية أسرته من الاتصال بالساقطات ، ومن الشرور التى تصيب أسرته وامته من وراء الزواج بالأجنبيات ، وليس من العدل أن يحال بين الواقف وبين حرمان كريمته من وقفه إذا تزوجت بأحد خدمه أو بمن يعتبر الزواج به معره تلحق بكرامة أسرته . وقد ترك للمحكمة تقدير الأسباب التى يراها الواقف مقتضية للحرمان من الاستحقاق أو من بعضه ، فعليها أن تحقق ما يبديه تحقيقا كافيا ، وأن تبحث ما يحيط بذلك من الظروف والملابسات بحثا وافيا ، وأن تقدره طبقا لأحكام الشريعة والمصلحة العامة والعرف والآداب والتقاليد ، وأن تراعى بوجه خاص تقاليد أسرة الواقف وآدابها ، ثم تفصل فيما إذا كان ذلك كافيا لما يريده الواقف أولا ، فإن كان كافيا أقرت صنيعه وإلا امتنعت عن سماع الإشهاد ، حتى يأخذ وضعه الصحيح ، ومن البين أن اختصاص محكمة التصرفات بالتحقيق والبحث والفصل إنما يكون عند سماع الإشهاد ، أما إذا كان الإشهاد قد سمع مشتملا على إشتراط حرمان صاحب النصيب الواجب إذا أتى شيئاً معيناً ارتضت المحكمة اشتراطه ، ثم آل الأمر إلى النزاع فى تحقق هذا الشرط ، أو عدم تحققه فإن نظر ذلك يكون من اختصاص المحكمة القضائية .

٢٤٠ — هذا نص القانون ومذكرته التفسيرية فى هذا المقام ، ومنهما يتبين أن القانون يشترط لتسويغ الحرمان أن تكون ثمة أسباب قوية مسوغة لحرمانه من

استحقاقه كله أو بعضه ، وان محكمة التصرفات هى التى تقدر قوة الأسباب وضعفها ، وضربت المذكرة التفسيرية عدة أمثال لما يكون فيه السبب قوياً مسوغاً للحرمان ، فذكرت أن العقوق الذى لا يقره العرف والدين مسوغ للحرمان بمقداره ، وكذلك محاولة اغتيال الواقف، أو إنزال ضرر جسيم بالأسرة والإخلال بنا يجب عليه نحوها إخلالا شائناً ، والتزوج بأجنبية ، أو المخالفة له فى الدين أو أن تزوج البنت نفسها بأحد خدمه أو بمن يكون الزواج به معره تلحق بكرامة أسرتها .

ولا شك أن هذه الأمثلة الأخيرة من شأنها تقييد حرية المستحق فى الزواج الذى نص على أنه غير سائغ فى المادة ٢٢ فهل هذه الأحكام مستثناة إذا أقرت محكمة التصرفات نظر الواقف ، ورأت قوة الأسباب الدافعة إلى الحرمان ؟ لقد نصت المادة ٢٢ على استثناء أحكام الفقرة الثانية من المادة ٢٧ من تطبيقها ، فقد جاء فيها ما نصه : « مع عدم الإخلال بأحكام الفقرة الثانية من المادة ٢٧ يبطل شرط الواقف إذا قيد حرية المستحق فى الزواج ، أو الإقامة ، أو الإستدانة. إلا إذا كانت لغير مصلحة » .

فهذه المادة صريحة فى منع كل شرط فيه تقييد لحرية المستحق فى الزواج أو الإقامة أو الإستدانة ، ولم تستثن من المنع إلا الفقرة الأخيرة من المادة ٢٧ وهى الخاصة بجواز إشتراط الزوجة حرمان زوجها أن تزوج بغيرها . أو طلقها .

وعلى هذا تكون المذكرة التفسيرية بضربها الأمثلة بالزواج بالأجنبية أو تزوج بنت الواقف بغير كفء فى عرف الناس . وإن كان الشرع يعتبر الزواج صحيحاً ـ معارضة لعموم المادة ٢٢ فإن نص هذه المادة يعتبر ذلك شرطاً غير صحيح ، والمذكرة التفسيرية تعتبره سائغاً فى مثل الأحوال التى ذكرها ، ولكن إذا لوحظ أن محكمة التصرفات ستشترك فى تقدير هذه الأسباب ، ولا تترك للواقف الأمر ، وأن ذلك يكون فى ذلك التقييد ليس مصادرة لحرية الاختيار فى الزواج ، بل هو مصادرة للاتجاه الشاذ

الضار ، وأن الحرمان ليس للتزوج فقط ، بل الحرمان للإساءة التى وقعت بوضع الأمور فعلا فى غير موضعها ، إذا لوحظ ذلك تلاقت المذكرة التفسيرية مع نص المادة ٢٢ ، وفوق ذلك فإن النص الذى اشتملت عليه المادة ٢٧ التى عنيت المذكرة التفسيرية بتخريجها ذلك التخريج قد يفهم منه أنه ليس فيه اشتراط فى الاستحقاق لتقييد حرية الزواج ، بل ما يكون فيه ترتيب الحرمان على وقوع أمر ثبت ووقع ، فليس فيه منع للزواج فى المستقبل ، بل فيه حرمان على أمر وقع واستقر وثبت أن ذلك التصرف السيء يستحق عليه ذلك الحرمان ،وفرق بين أن أن يقيد الاستحقاق بعدم الزواج فى المستقبل ، وبين أن يمنع المستحق بسبب أمر وقع فى الماضى وأوقع الأسرة فى العار ، فإن الأول فيه تقييد لحرية الزواج والثانى فيه عقاب على فعل قطعت المحكمة مع الواقف بأنه سوء يستحق ذلك العقاب والأول منعته المادة ٢٢ والثانى لم تمنعه . وفوق ذلك فإن القانون فى الاستحقاق الواجب يتدخل فى حرية الواقف ، لا فى حرية المستحق فإذا وجد أن الواقف عدل فى عمله لا يتدخل فى حريته .

٢٤١ — هذا وقد ذكرت المادة ٢٧ أن تقدير الأسباب ومداها يرجع إلى محكمة التصرفات عند إنشاء الوقف ، ذلك لأن محكمة التصرفات هى التى تتولى توثيق الوقف المشتمل على شرط الحرمان وسماع الشهادة ، وذلك لما جاء فى المادة الثالثة من قانون الوقف ، وهذا نصها :

« سماع الإشهاد المشتمل على الحرمان الوارد بالفقرة الأولى من المادة ٢٧ وسماع الإشهاد بالرجوع فى الوقف الصادر قبل العمل بهذا القانون ، أو التغيير فى مصارفه من اختصاص هيئة التصرفات بالمحكمة التى بدائرتها أعيان الوقف كلها أو أكثرها قيمة دون غيرها » .

« وتدعو المحكمة فى الحال الأولى من يراد حرمانه ، وفى الحالة الثانية جميع المستحقين فى حياة الواقف ، ومن يستحقون بعده مباشرة بمقتضى نص كتاب

الوقف أو اشهاد التغيير لسماع أقوالهم ».

ويستفاد من هذا النص أن هيئة التصرفات هى المختصة بسماع هذا الاشهاد ونحوه لأن الدواعى إليه وموضوعه مما يحتاج إلى تقدير ، وتطبيق قانونى ، فلابد أن تنظره هيئة تطبيق القانون على الوقائع وتبين مقدار انطباقه عليها :

وأنه لكى يكون التقدير صحيحاً ، والقرار سليما لابد من سماع المحرومين ليدافعوا عن أنفسهم ، ويبينوا البواعث فيما فعلوا أو يفعلون ، وعسى الواقف يشكو عقوقا وهو القاطع لرحمه النابذ لولده ، وعساه يزعم العقوق مدفوعا بايعاز زوج كارهة لأولاده ، وعساه يكون المؤذى لهم ، وهذا يحتاج إلى نظر وتقدير ، ورد الحق إلى نصابه ، ووزن الوقائع بميزان صادق سليم ، وهيئة التصرفات كفيلة بذلك .

وقرارها مهما كان فى هذا الشأن بالرفض أو القبول قابل للاستئناف وهذا ما اشتملت عليه الفقرة الثانية من المادة الرابعة وهذا نصها :ـ « وقرار هيئة التصرفات الصادر بسماع أو رفض الاشهاد الذى تختص بسماعه يكون من التصرفات التى يجوز استئنافها » وقبول هذه القرارات للاستئناف هو المعقول ، لأنه هو الذى يتفق مع موضوع الحرمان وأسبابه وبواعثه ، ومقدار أثرها ، فان هذا كله من المسائل التى يختلف فيها التقدير ، الأنظار ، وتتجاذبها أوجه النظر المختلفة ، وما يكون له ذلك الشأن تكون القرارات فيه ابتدائية قابلة للاستئناف وليست نهائية .

٢٤٢ — ويجب أن يلاحظ أن الحرمان قد يصدر عند إنشاء الوقف باتا جازما غير معلق على فعل ولا مقيدا بشرط ، لأن البواعث عليه قد وقعت ، كأن يثبت الواقف أن أحد أولاده فى ثروة ضخمة وهو قوى قادر ، والباقون ذرية ضعاف ، وأنه يقف عليهم ليكون ذلك معينا لهم فى ضعفهم ، ويحرم الكبير لقدرته ، وفضل ثروته ، فان المعقول أن المحكمة تجيز تصرفه . ولو كان مصدر الثورة كدحه وكده ، أو فضل مال جاء إليه من أمه أو غيرها ، لأن الباعث هو استغناء المحروم

استغناء بينا بحيث يكون هذا الاستحقاق شيئا قليلا بجوار ثروته الواسعة الكبيرة وحاجة من يريد قصر الاستحقاق عليه لضعفه وفقره وعدم اتساع الثروة للجميع.

وكما يصدر الحرمان باتا ان أقرته المحكمة قد يصدر معلقا على شيء، فيعلق الحرمان على غنى المستحق، أو يقيده بموته وبعض ورثته صغير، وجواز اشتراط الحرمان صرحته به المادة - ٢٧ - فهى تقول: للواقف أن يحرم ... أو أن يشترط فى وقفه الحرمان».

ولكن هل له فى هذه الحال أن يشترط على ابنه لأجل استحقاقه فى وقفه ألا يتزوج أجنبية أو على ابنته ألا تتزوج شخصاً معيناً، إننا نرى كما أشرنا أنه فى هذه الحال يتعارض مع ظاهر النص فى المادة ٢٢ فإنها تنص بشكل خاص على بطلان شرط الواقف إذا قيد حرية المستحق فى الزواج أو الإقامة أو الاستدانة. وإذا كنا نسوغ ذلك الاشتراط بمقتضى المادة ٢٧ فإننا نهمل إهمالا ظاهراً المادة ٢٢ إذ أنها تنص على الزواج بشكل خاص.

ولا يتعارض القول مع ما قلنا سابقا، فإننا سوغنا الحرمان البات إذا وقع الزواج فعلا، وثبت فعلا أنه أضر بالواقف، وأضر بأسرته، أو كان فيه مجلبة شر للوطن فإن الضرر يكون قد بدا للعيان، فسوغنا الحرمان كارهين متأولين محملين اللفظ أثقالا من المعانى، ولم نر بعده معارضة للمادة ٢٢ لأنها فى شأن اشتراط الحرمان أما إذا كان اشتراطه فهو يعارض فيه منطوق المادة ٢٢. والأمر فى هذا موضع نظر وتقدير أمام المحكمة.

٢٤٣ — وإذا زال السبب الموجب للحرمان أيعود الاستحقاق أم لا يعود، فإن كان سبب الحرمان أن المحروم ذو ثراء كبير، وأن الباقين صغار ضعاف لا مال لهم، فلم يمت، الواقف إلا بعد أن كبر الصغار، واستغنوا بأنفسهم أو رزقهم الله من حيث لا يحتسبون، وصاحب ذلك أن ذهبت الثروة ممن حرموا من الوقف بسببها، ومال الله غاد ورائح، فقد ينقلب الأغنياء فقراء،

وينقلب الفقراء أغنياء . فهل فى هذه الحال للمحروم أن يطالب باستحقاقه ؟ وأن يلغى نص الحرمان الذى اشتمل عليه كتاب الوقف لزوال السبب الذى من أجله كان الحرمان ؟ .

ذلك هو العدل فى ذاته لأن الأمور مستندة إلى أسبابها فإن كانت الأسباب قابلة للزوال وزالت ، زال ماترتب عليها ، وفوق ذلك فهذا نص الفقرة الأخيره من المادتين ٢٥ و ٣٤ فهى تقول « ويعود إلى المحروم نصيبه متى زال سبب الحرمان » فهذا النص يدخل فى عمومه هذه الحال التى تبينها تلك الفقرة .

وعلى ذلك إذا كان قد حرم ابنه لأنه متزوج بأجنبية ومقيم ببلادها ، وأن فى إعطائه استهلاكا لمال مصر فى خارجها ، فافترق عن الأجنبية ، أو فرق بينهما الموت ، وعاد إلى بلاده وأقام بها ، فإن سبب الحرمان يكون قد زال ، ومن حقه أن يطالب بإلغاء النص الذى اشتمل على حرمانه من الاستحقاق .

وإذا حصل نزاع حول تحقق شرط الحرمان بعد أن أقرت اشتراطه هيئة التصرفات أومايقوم مقامها الآن ، مادام الشرط فى غير الزواج والإقامة أو الاستدانة، فإن الذى يفصل فى ذلك النزاع هو المحكمة القضائية . ولا يعرض على محكمة التصرفات ، لأن اختصاصها إنما هو فى مباشرة التصرفات الخاصة بالوقف عند انشائها ، والاشهاد عليها ، والنزاع فى تحقق الشرط وعدم تحققه ليس من هذا فى شىء ، إنما هو وقائع تعطيها حكمها المحكمة القضائية التى تعطى الوقائع أحكامها ».

«وكذلك إذا حصل نزاع فى المعنى الذى ذكرناه ، وهو زوال السبب الموجب للحرمان أو بقاؤه ، فإن محكمة التصرفات لا تنظر فيه إنما تنظر فيه المحكمة القضائية ، لأن التصرفات أبرمت الوقف ، وهو عملها فى هذا النظام ، وإذا حصل نزاع فى تطبيق كتاب الوقف على الوقائع ، فإن ذلك يكون من اختصاص المحكمة القضائية صاحبة القول الفصل فى تفسير شروط الواقفين وتطبيقها وبيان مداها وتحققها فى الوقائع أو ابتعاد الوقائع عنها .

– هـــذا هو البيان الخاص بحق الواقف فى حرمان المستحقين استحقاقا واجبا واشتراط الحرمان ، سواء أكان ذلك فى القاعدة العامة التى تقررها الفقرة الأولى من المادة ٢٧ أم فى حال الواقفة إذا كانت زوجة كما بينتها الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة .

ولنا أن ننظر إلى القانون من ناحية فقهية ناقدة : هى أن استحقاق أصحاب الاستحقاق الواجب مبنى على حقهم الذى قرره الشارع لهم فى الميراث ، فقد حافظ القانون على حقهم فى الثلثين ، واعتبر الوقف كالوصية هنا من حيث أنه لا يجوز أن يكون فى أكثر من الثلثين إذا كان الورثة جميعاً من أصحاب الاستحقاق الواجب ، ولم يسوغ للواقف محاربة ميراث هؤلاء وكان حقاً على واضع القانون أن يحترم قواعد الميراث احتراماً تاما بالنسبة لهؤلاء الذين حمى ميراثهم ، واعتبر الوقف بالنسبة لهم كالتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، وان خواص الميراث أن الملك فيه ليس اختياريا من جهة المورث ، فليس له أن يحرم بعض الورثة من ميراثه لأى سبب كان إلا ما قرره الشارع من تلقاء نفسه من حرمان القاتل من الميراث ونحوه ، من غير حاجة إلى تقرير الحرمان من المورث ، وعلى ذلك يكون حرمان المستحق استحقاقا واجبا من استحقاقه ، أو بالأحرى من ميراثه إذا وجدت بواعث قوية تقدرها المحكمة ، أو تزوج غيرها أو طلقها حكما لا يسير على منطق الميراث بل يناقضه ، ويناقض القضية التى قررها من أن الواقف الأهلى يأخذ حكم الوصية بالنسبة لأصحاب الاستحقاق الواجب ، ولا يأخذ معنى التصرف المنجز الذى يكون الواقف حراً فيه تمام الحرية .

وبذلك يحكم الاستحقاق الواجب فى الوقف بمنطق متضارب من عدة نواح فهو أولا سار على قواعد الميراث بالنسبة لبعض الورثة دون بعض ، واعتبر الوقف كالوصية فى حال ، وكتصرف منجز فى حال ، وأعطى المستحقين استحقاقا واجبا نصيبهم ميراثا ، ولم يسر معهم على قواعد الميراث .

٢٤٤ — وإذا حرم بعض المستحقين استحقاقا واجبا من الاستحقاق بمبرر من المبررات القانونية سواء أكانت خاصة ، وهى حرمان الزوج إذا تزوج بغير الواقفة أو طلقها أم كانت مبررات عامة تقدرها هيئة التصرفات أو ما حل محلها الآن فانه يكون كما لو كان ميتا ، ويوزع الاستحقاق على فرض أنه غير موجود ، وذلك أنه كنص الفقرة الثانية من المادة ٢٥ ، وهى « ان يعتبر المحروم فى حكم من مات فى حياة الواقف بالنسبة لما حرم » ، وكذلك نص الفقرة الأولى من المادة ٣٤ وهى « يكون حكم نصيب من حرم من الاستحقاق أو بطل استحقاقه لرده حكم نصيب من مات » .

فالمادتان متلاقيتان فى الدلالة على ذلك الحكم ، وإن كانت المادة ٣٤ عامة لكل المستحقين استحقاقا واجبا أو غير واجب ، والمادة ٢٥ مقصورة على المحرومين بمقتضى المادة ٢٧ كما يدل على ذلك مصدرها .

وإذا كان المحروم يعتبر فى حكم المعدوم بحيث لا يكون له وجود معتبر فانه يوزع ريع الثلثين على فرض أنه غير موجود وقت الاستحقاق . فلو كان للواقف عشرون ومائة فدان وقف منها على جهات البر أربعين ، والباقى هو ثمانون فدانا ، وله زوجة وأم وأب وابن حرمه الواقف لسبب اقرته عليه هيئة التصرفات أو ما يقوم مقامها فإن ريع الثمانين فدانا يكون بين الزوجة والأب والأم ، على أنه لا يستحق استحقاقا واجبا أحد سواهم ، وهم على ذلك يكونون وحدهم المستحقين لريع الثمانين فيكون للزوجة ربعه بفرض أن الابن المحروم كأنه مات فى حياة لواقف ، والأم ثلث الباقى ، وهو يساوى نصيب الزوجة ، والأب الباقى وهو يساوى النصف ، لأنه إن فرض الابن ميتا فى حياة الواقف يكون التوريث على ذلك الشكل فيكون الاستحقاق الواجب على ذلك النحو أيضاً ، وهو صريح القانون ، وصريح المذكرة ، فقد جاء فيها ما نصه : — « ومن حرم حرمانا قانونيا من كل نصيبه الواجب له اعتبر ميتا فى حياة الواقف بالنسبة لهذا النصيب جميعه ، فلا يعتبر موجودا بين الورثة أصلا ، ومن حرم من بعض النصيب اعتبر موجوداً بالنسبة

لما لم يحرم منه وميتا فى حياة الواقف بالنسبة لما حرم منه ، فيضم ما حرم منه إلى ما يستحقه الآخرون ويوزع الجميع عليهم بنسبة أنصبتهم »

٢٤٥ — ومقتضى الجزء الأخير من هذا الكلام أنه إذا أدى تحقيق الهيئة إلى حرمان المستحق من بعض استحقاقه لا كله ، أو كانت هذه إرادة الواقف من أول الأمر ، وأيدته المحكمة فى نظره فانه يعتبر ميتا فى حياة الواقف بالنسبة للجزء الذى حرم منه واعتبر حيا بالنسبة للجزء الذى بقى له ، ويقتضى هذا أن نحل المسألة حلين لكى نستخرج حصته فى الاستحقاق ، وحصة الباقين ، ففى المسألة السابقة ، وهى ما إذا كان للواقف أب وأم وزوجة وابن قد تم حرمانه من نصف نصيبه وكان التلتان أربعين ومائتى فدان ، فاننا نحل المسألة أولا حلا لاستخراج ما يأخذه الابن ، فان الزوجة تأخذ الثمن والأب السدس والأم السدس ، والباقى ، وهو ١٣٠ فدان يستحق الابن ربع نصفها ، وهو ربع ٦٥ فدان ثم بعد ذلك تحل الحل الثانى فنقسم ربع (٢٤٠ — ٦٥) ١٧٥ فدان على الزوجة والأب والأم ، وكأنه لا يستحق أحد سواهم استحقاقا واجبا ، فيكون للزوجة ربع الربع ، وللأم ثلث الباقى وللأب الباقى كاملا .

هذا هو تفسير منطوق القانون ، وتفسير منطوق المذكرة التفسيرية ، وان كانت غير دقيقة عندما قالت ان الباقى ينضم إلى حصة الآخرين ، ويوزع بنسبة حصصهم لأن ذلك لا يكون بفرض الوفاة ، إنما فرض الوفاة يقتضى حتما أن يوزع الاستحقاق من جديد على فرض الوفاة فى الباقى بعد النصيب .

* * *

٤ – سقوط الاستحقاق الواجب

٢٤٦ – يسقط الاستحقاق إذا رضى المستحق بعد وفاة الواقف بذلك كتابة أو ترك المطالبة بحقه سنتين شمسيتين . وهذا مانصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٣٠ ، وهذا نصها :

« ولا يتغير شيء من الاستحقاق إذا لم يرفع المحروم الدعوى بحقه مع التمكن وعدم العذر الشرعى سنتين شمسيتين من تاريخ موت الواقف ، أو رضى كتابة بالوقف بعد وفاة الواقف ، وينفذ رضاه بترك بعض حقه ، ولا يمس ذلك مابقى منه ، وقد قالت المذكرة التفسيرية فى هذا المقام مانصه :

« ويسقط حق صاحب النصيب الواجب فى الاعتراض على الوقف ،والمطالبة بتوزيع الاستحقاق طبقا لهذه الأحكام فى حالين :

الأولى – إذا لم يرفع الدعوى بحقه مع التمكن وعدم العذر الشرعى فى خلال سنتين شمسيتين من تاريخ موت الواقف ، ومن الواضح أن الأمر موكول إلى تقدير المحكمة .

الثانية – إذا رضى بالوقف ولا يكون هذا الرضا معتبرا إلا إذا حصل بعد وفاة الواقف ، وهو الوقت الذى كان يثبت فيه حقه فى الارث لو لم يقف الواقف هذه الأعيان ، وكان الرضا كتابة . فلا عبرة بالرضا الشفوى ، ويكفى فى كتابة الرضا أى كتابة ،رسمية كانت أو عرفية مكتوبة كلها بخطه أو غير مكتوبة كذلك .

والرضا مما يتجزأ فالمحروم أن يرضى بترك جميع ما يستحق ،وله أن يرضى بترك بعضه ، فإذا ترك بعض حقه فقط فان ذلك لايمس مابقى منه ، فإذا طالب بباقيه فى المدة المعينة كان له ذلك ، ويعطى من نصيبه هذا القدر فقط ويوزع ماعداه على الباقين بالنسب المذكورة .

– ونرى من هذا أن الاستحقاق الواجب لايؤول إلى المستحق كما يؤول

الميراث من غير مطالبة ، بحيث يثبت الحق فيه بمجرد الوفاة كالميراث ، بل أنه لايثبت إلا بالمطالبة وإن كان الميراث هو سبب هذه المطالبة ، بل أن المذكرة سمت حق الاستحقاق الواجب — حق الاعتراض على الوقف ، كأنه حق ثبت لدفع ضرر الحرمان ، ولا يثبت إلا بالاعتراض على الوقف ، وبغير ذلك الاعتراض لايثبت ، ويتقرر الوقف إذا ترك الاعتراض سنتين كاملتين من وقت الوفاة ثم هو حق اختيارى يسقط بالرضا بما وقع ، ولكن الرضا لا يسقط ذلك الحق إلا إذا كان بعد وفاة الواقف ، لأنه وقت وجود سبب الحق وهو الميراث لأن سبب الحق فى الاستحقاق الواجب هو كون الشخص وارثا للواقف ، ولا يتحقق كونه وارثا إلا بعد وفاته ، فقبل الوفاة سبب الوجوب لم يتحقق ، ومن المقرر فقها أن اسقاط الحق لايكون إلا بعد وجود الحق ولا وجود له قبل وجود سببه .

ولا عبرة أيضا بالرضا باسقاط حقه بعد المطالبة به ، لأنه بالمطالبة به والاعتراض عليه يتقرر استحقاقه ، والاستحقاق فى الوقف بعد قبوله والمطالبة يكون كالميراث لايقبل الاسقاط ، وقد أيدت ذلك المادة ٢٠ ففيها مانصه :

« يبطل إقرار الموقوف لغيره بكل أو بعض استحقاقه ، كما يبطل تنازله » وعلى ذلك فوقت الرضا هو ما بعد الوفاة .

ولا يكتفى فى الرضا بمجرد القول ، بل لابد من أن يكون بالكتابة لكيلا تجرى فيه المشاحة ، ويفتح الباب لتقول الأقاويل ، والبينات الكاذبة ، ولم يقيد القانون الكتابة بشكل معين ، فتبقى على اطلاقها . فإذا ثبت الرضا بكتابة رسمية أو غير رسمية ، مكتوبة كلها بخط الشخص وعليها توقيعه ، أو عليها توقيعه فقط والشرط هو مايشترط فى كل كتابة ، وهى أن تكون خالية من شبهة التزوير فمتى خلصت من ذلك فهى مقررة للرضا كافية لاثبات وجوده وتحققه .

٢٧٣ — وقد اعتبر القانون الوقف قد تقرر مع حرمان المستحق إذا ترك المطالبة

بحقه مع التمكن وعدم العذر سنتين شمسيتين ، لأن الاستحقاق الواجب لايؤول من تلقاء نفسه ، كما بينا ، والمطالبة المراد بها المطالبة القضائية ، برفع الدعوى عند وجود مقتضياتها ، بأن كاشف ناظر الوقف بحقه فانكره عليه فانه يكون من الواجب عليه حينئذ أن يرفع الدعوى ، فان سكت رجاء التسليم من غير مقاضاة فلامد محدود ، ويتعين عليه رفع الدعوى ان طال الأمد فان لم يرفع مع طول الامد وذهاب الرجاء يسقط حقه وقدر ذلك بسنتين شمسيتين .

وان لم توجد مقتضيات للخصومة ، بأن سلم له الناظر بحقه فى الاستحقاق ، ولم ينازعه وتناول الريع أو بعضه فلا يعد سكوته فى هذه الحال تركا للمطالبة ، لأن سبب السكوت هو أنه لم يكن ثمة مقتض ، ولم يكن داع اليها ، فلا يعد تاركا للحق ، أو غير معترض على الحرمان .

وانه قد يوجد المقتضى للمطالبة فى بعض الحق ، لافى كله ، كأن يسلم له الناظر بحقه فى أصل الاستحقاق ، وبطلان الحرمان المطلق ، ولكنه ينازعه فى مقدار الاستحقاق ، فانه إن سكت مدة السنتين المذكورة من غير المطالبة القضائية بحقه الكامل يسقط حقه فى القدر المتنازع فيه . ويثبت فيما سلم له فيه ، لأنه إذا كان عدم الاعتراض فى مدة سنتين يسقط الحق كله . فبالأولى يسقط بعضه ان ترك المطالبة به ، والاعتراض عليه . فما يسقط الكل يسقط البعض بطريق الأولى .

٢٤٨ — ويشترط لسقوط حق المحروم فى الاستحقاق بترك المطالبة مدة سنتين شمسيتين (١) أن يكون فى هذه المدة متمكنا من رفع الدعوى بأن تكون قد وجدت المسوغات للرفع بمنازعته فى حقه وترك المطالبة مدة السنتين . (٢) وأن يكون سكوته عن المطالبة بغير عذر شرعى ، فإذا كان مسافراً فى وقت وفاة الواقف ، ولم يعلم بالوفاة إلا بعد أمد طويل ، ولم يكن فى قدرته أن يعلم قبل ذلك فإن مدة الجهل لا تحتسب لأنه فى هذه المدة كان سكوته بعذر شرعى مقبول ،

وإن حدث فى أثناء المدة ما منعه من رفع الدعوى ، وكان المانع حائلا بينه وبين رفع الدعوى اعتبر ذلك عذرا ، ولا تحتسب المدة إلا من وقت زواله .

وان المحكمة العادية هى التى تقدر الأعذار ، وقوتها ومداها ، ولكل حال شأنها وحكمها ، والأعذار كثيرة ، وباب التقدير فيها متسع ، فإذا كان المستحق المحروم قاصرا والقيم عليه هو الناظر ، ولم يعطه حقه ، أو القيم عليه غيره ، وقصر ولم يطالب ، فإن ذلك بلا شك يعد عذرا ، لا يسقط معه الحق فى الاستحقاق بترك المطالبة سنتين

وإذا رفعت الدعوى فإن الحق لا يسقط ، ولو استمر نظر الدعوى سنين ، لأن المطالبة هى الشرط ، وقد تحقق ، فلا يؤثر مضى المدة فى الدعوى .

ولا شك أن المطالبة القضائية هى التى تكون أمام جهة الاختصاص التى عينها القانون وهى المحكمة التى يقع فى دائرتها أكثر العقار ، فلو رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة لا تثبت بذلك المطالبة القضائية الحق ، لأن المحكمة غير المختصة معزولة بحكم التعيين من النظر فى غير ما خصص لها ، والتقاضى بين يديها تقاض بين يدى قاضى معزول عن النظر . فلا تعد المطالبة قانونية قضائية .

٢٤٩ — والرضا الكتابى الصريح ، أو الرضا الضمنى بالسكوت عن المطالبة مع التمكن وعدم العذر المقبول يسقط اعتراض المستحق المحروم ، ولكنه لا يسرى على ذريته ، لأن الرضا بأمر لا يسقط حق غيره ، لأنه ليس له عليه ولاية اسقاط حقوقه ، وعلى ذلك لو حرم مستحقا هو وذريته أو هو وحده فلم يطالب أو رضى كتابة لا يسقط حق ذريته فى المطالبة .

وكان فى المشروع عند تقديمه النص على حرمان الذرية إذا رضى المحروم صراحة أو ضمنا بسقوط حقهم ، لأن ذريته يتلقون عنه ، فإذا تقرر الحرمان لم يوجد ما يتلقونه فيسقط حقهم هم أيضاً ، أو بعبارة أدق ، لا يثبت لهم أى حق ، وقد كان فى المشروع بالبناء على ذلك — هذا النص :

« لا تطبق المادة ٢٤ و ٣٠ و ٥٦ بالنسبة للمحروم وذريته إذا رضى المحروم

كتابة بالوقف بعد وفاة الواقف ، أو تصالح مع المستحقين على ترك حقه ، أو لم يرفع الدعوى بحقه مع التمكن وعدم العذر الشرعى فى مدة سنة شمسية من تاريخ موت الواقف إذا كان الواقف حيا عند العمل بهذا القانون ومن تاريخ العمل به إذا كان الواقف ميتاً وكل ما يسرى على المحروم فى الأحوال المبينة بهذه المادة يعتبر ملزما لذريته ، ولكن مجلس الشيوخ رفع المدة إلى سنتين ، وحذف كلمة الذرية .

٢٥٠ — وإذا كان المستحق استحقاقا واجبا قاصرا وحرم من استحقاقه وترك الولى المالى عليه المطالبة مدة السنتين اللتين تليان الوفاة فإن حق القاصر لا يسقط ، إذ يعتبر ذلك عذرا شرعيا ، كما بينا آنفا ، ولأن الترك يعتبر رضا ضمنيا بالحرمان وليس للولى أن يرضى بحرمان القاصر ، والاقرار لا يسوغ من الولى على القاصر ومن جهة أخرى فالإقرار حجة قاصرة لا تتعدى المقر إلى غيره ، ولو كان فى ولايته ، وإذا صح أن نعتبر الرضا تبرعاً بغير عوض ، فهذا تصرف ضار بالقاصر ضرراً محضا ، والتصرفات التى تكون على هذا النحو باطلة بالنسبة للقاصر .

وإذا كان الرضا الصريح من ولى القاصر بعوض . فإنه يسوغ إذا كان فى ضمن حدود ولايته ، ولم يكن فيه غبن فاحش على القاصر . أما إذا لم يكن فى حدود ولايته أو كان فيه غبن فاحش فإنه لا يكون صحيحا نافذا ، ولا يسقط به حق الصغير .

٢٥١ — وإذا تقرر حرمان من حرمه الواقف بأن رضى بالحرمان صراحة بالكتابة أو ترك المطالبة القضائية بحقه سنتين شمسيتين مع التمكن وعدم العذر الشرعى المقبول ، فانه يكون كما لو رد نصيبه ولم يقبله ، وتطبق عليه المادة ٣٤ . ولا يتغير شىء من الاستحقاق كما نصت على ذلك الفقرة الأخيرة من المادة ٣٠ .

٢٥٢ — هذا حكم المحروم إذا ترك حقه ولم يطالب به ، أو رضى بالحرمان . أما إذا

اعترض على الحرمان ونازع فيه وحكم باستحقاقه ، فقد بينت ذلك الفقرة الأولى من المادة ٣٠ وهذا نصها :

« وإذا حرم الواقف أحداً ممن لهم حق واجب فى الوقف بمقتضى أحكام هذا القانون من كل أو بعض ما يجب أن يكون له فى الوقف أعطى كل واحد من هؤلاء حصته الواجبة ووزع الباقى على من عدا المحروم من الموقوف عليهم بنسبة ما زاد فى حصة كل منهم ان كان من ذوى الحصص الواجبة ، وبنسبة ما وقف عليهم ان كانوا من غيرهم .

وقد جاء فى المذكرة التفسيرية ما نصه :

« إذا حرم الواقف أحداً ممن لهم حق واجب فى الوقف بمقتضى أحكام هذا القانون من كل أو من بعض ما يجب أن يكون له فى الوقف أعطى كل واحد من هؤلاء حصته الواجبة ووزع الباقى على من عدا المحروم من الموقوف عليهم بنسبة ما زاد فى حصة كل منهم إن كانوا من ذوى الحصص الواجبة ، وبنسبة ما وقف عليهم إن كانوا من غيرهم » .

« فإذا كان محمد يملك ١٢٠ فدان وله زوجته فاطمة وعلى ابن ابنه وإحسان بنت بنته اللذين توفيا فوقف أرضه جميعها ، على فاطمة أربعين فدانا ، وعلى على أربعين فدانا وعلى إحسان أربعين فدانا ثم تزوج بعد ذلك دولت وولد له منها فايزة ، ثم توفى ووقفه على حاله لم يغيره ، وكان هؤلاء جميعاً موجودين حين موته وكانت زوجته دولت ، وبنته فايزة محرومين وهما من ذوى الانصباء الواجبة ، فيجب لهم فى الوقف حصة بمقدار ما يجب لهم بمقتضى المادة ٢٤ مع مراعاة المادة ٢٩ ، فيكون لدولت استحقاق فى خمسة أفدنة هو نصف ثمن الثلثين ويجب لفايزة $23 \frac{1}{3}$ ثلث الباقى من الثلثين ، وهو القدر الذى يجب لها على فرض وجود اختها المتوفاة حين وفاة الواقف ، والواجب لعلى هو ثلث الباقى ، فيكون الزائد فيما جعل له عن الواجب له هو $16 \frac{2}{3}$ ، والزيادة فى نصيب فاطمة ٣٥ فدان وإحسان غير

وارثة ونصيبها أربعون فيقسم ما زاد من الوقف عن نصيب علي وفاطمة ودولت وفائزة وهو ٦٣ ½ ، فيقسم على فاطمة وعلى إحسان بنسبة ٣٥ : ١٦٢ : ٤٠ وما أصاب كل واحد منهم استحقه » .

٢٥٣ — ويستفاد من هذا أن من حرم يأخذ حصته الواجبة ، فإن لم يبق شيء بعدها لا يتغير شيء إلا أنه يأخذ المحروم حصته من الثلثين ، فإذا كان الواقف له ابن وزوجة ، ووقف الثلث على الجمعية الخيرية الإسلامية والثلثين على زوجته وحرم ابنه ، فإن ريع الثلث ينفذ للجمعية الخيرية ، والثلثين يكون للزوجة فيها ، ثمن ريعها فقط ، وللابن الباقي .

وإذا وقف خمسة وأربعين فداناً للجمعية ومثلها لإحدى بنتيه وذلك كل تركته وحرم ابنته الأخرى وكان ورثته هم هؤلاء ، واخته الشقيقة فإن ابنته الأخرى المحرومة تستحق ريع عشرين فداناً ، والبنت التي لم تحرم تستحق مثلها .

والباقي وهو خمسون فداناً يوزع ريعه على الجمعية وهذه البنت بنسبة ما وقف على الجمعية ، ومازاد في الوقف الاختياري للبنت الموقوف عليها عن حقها الواجب وذلك القدر هو ٢٥ فدان أي أن الخمسين فداناً الباقية تكون بنسبة ٤٥ : ٢٥

— هذه نظرات ألقيناها على الاستحقاق الواجب الذي جاء به قانون الوقف المنظم لأحكامه ، وقد ذكر هذا القانون أن مواد الاستحقاق الواجب تطبق على نوعين من الأوقاف .

(أولها) الأوقاف الصادرة بعد العمل بهذا القانون فيما عدا ما استثنته المادة ٦١ وهي الأوقاف الصادرة من الملك والأوقاف التي يديرها ديوان الأوقاف الملكية .

(ثانيها) الأوقاف الصادرة قبل العمل بهذا القانون إذا كان واقفوها أحياء عند صدوره ، وكان لهم حق الرجوع فيها بمقتضى المادة ١١ من هـذا القانون لأن الأوقاف التي يجوز الرجوع فيها تكون كالأملاك الحرة ، فيجري فيها من القيود ما يجري في تلك الأملاك .

هذا ما عن لنا إبداؤه في هذا النظام .

بقاء الاستحقاق الواجب وإعادة الوقف على النفس

٢٥٤ — جاء القانون رقم ١٨٠ فألغى الوقف على الذرية إلغاء تاما ، ولكن مع ذلك بقى الاستحقاق الواجب، إذ لم يوجد من القوانين ما يمسه ، فإن حق أصحاب الاستحقاق يجب أن يكون ثابتاً بالنسبة للوقف على الخيرات ولكنه يكون ملكا .

وقد جاء أخيراً قانون يجيز الوقف على النفس ، وهو القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٦٠ ، وهذا نصه :

باسم الأمة — رئيس الجمهورية

بعد الاطلاع على الدستور المؤقت ، وعلى القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ الخاص بأحكام الوقف والقوانين المعدلة له .

وعلى القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الخاص بإلغاء الوقف على غير الخيرات والقوانين المعدلة له .

وعلى القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية والاجراءات المتعلقة بها .

وعلى القانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٩ بشأن تنظيم وزارة الأوقاف ولائحه إجراءاتها .

وعلى ما ارتآه مجلس الدولة .

قرر القانون الآتى

مادة ١ — يجوز للمالك أن يقف كل ماله على الخيرات ، وله أن يشترط لنفسه الانتفاع بالريع كله أو بعضه مدى حياته ، وإذا كان له وقت وفاته ورثة من ذريته وزوجه أو أزواجه أو والديه بطل الوقف فيما زاد على الثلث ، وتكون العبرة بقيمة ثلث مال الواقف عند موته ، ويدخل فى تقدير ماله الأوقاف التى صدرت منه قبل العمل بهذا القانون وبعده إلا إذا كانت أوقافا ليس له الرجوع فيها .

ويكون تقدير مال الواقف من اختصاص لجنة شئون الأوقاف المنصوص عليها فى القانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٩ المشار إليه ، وبناء على طلب ورثته ،

ويكون قرارها فى ذلك نهائيا ، فإذا قام نزاع بشأن صفة الوارث واستحقاقه كان لكل ذى شأن أن يلجأ إلى القضاء للفصل فى النزاع .

وتبين اللائحة التنفيذية إجراءات تقديم الطلبات من الورثة .

مادة ٢ — تلغى المادة ٢٣ — من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ، ويلغى كل نص يخالف حكم هذا القانون .

ويفهم من هذا القانون أربعة أمور :

أولها : جواز اشتراط الريع كله أو بعضه لنفسه مدى الحياة ، وبعبارة أعم أعيد الوقف على النفس .

ثانيها : أنه صار لأصحاب الاستحقاق الواجب ملك بمقدار ميراثهم غير مقيد .

ثالثها : أن الوقف يبطل بعد صدوره صحيحاً إذا تبين أن الوقف كان أكثر من ثلث ماله عند الوفاة .

رابعها : أنه لا يجوز الحرمان المشتمل عليه القانون السابق، لأن ذلك ميراث ، وليس تحويلا للاستحقاق .

خامسها أنه لا يجوز أن يقيد الملك بالحياة .

وإن فى عبارة القانون إبهاما ، لأنه يقول إذا كان له ذرية وارثة أو الأبوان ، فإن الوقف يبطل فيما زاد على الثلث ، والعبارة بعمومها يفهم أن الوقف يبطل فى الزائد ولو كانت الذرية أو أحد الزوجين أو أحد الأبوين لا تستغرق كل الثلثين ، ولكن الواضح من الغرض من القانون وباعثه أن يبطل ما يمنع هؤلاء من أخذ ميراثهم كاملا من الثلثين ، ومع ذلك عبارة القانون تتقاصر عن أداء هذا المعنى .

والآن وقد انتهينا من الأطوار التى مر بها الوقف على الذرية فى مصر وبعض البلاد العربية لا بد من دراسة أمرين :

أحـــدهما : ترتيب الاستحقاق فى الوقف على الذرية ، فإنه لا يزال قائما فى بعض البلاد العربية وفوق ذلك فإن القانون رقم ١٨٠ الذى ألغى الوقف الأهلى جعل الاستحقاق ملكا، فالملكية مبنية على الاستحقاق ، ولا بد لإثباتها من إثبات الاستحقاق، والخصومات الآن دائرة فى المحاكم على أساس ذلك فلا بد من بيانه .

ثانيهما : الولاية على الوقف

الاستحقاق فى الوقف الذرى ، أو الأهلى

٢٥٥ — انتهينا إلى أن جمهور الفقهاء يرون جواز الوقف على الذرية، وإن ذلك ثابت فى كل المذاهب الإسلامية المشهورة المعتبرة ، وأن الوقف على الذرية قد يكون على ذريته هو «أى الواقف» ، وقد يكون على ذرية غيره ، والحكم واحد وإن الأكثر الشائع أن الوقف يكون على ذريته هو لحرصه على أن يكون الوقف بين أهله وذريته ، وإن تجاوز الوقف على ذريته فى بعض الأحيان فإنه يكون على ذرية إخوته أو أحد أقاربه ، أو عتقائه .

ولقد تكلموا فى ترتيب درجات الذرية وطبقاتها ، وفصلوا القول فى ذلك تفصيلا كبيرا ، وقد اتفقوا فى أكثر مسائل هذا التفصيل ، واختلفوا فى جزئيات ضئيلة ، وإن الأخذ بأى مذهب فى هذه التفصيلات يصور سائرها .

وإنا أن نختار لذلك المذهب الحنفى ، لأنه كان المعمول به فى أكثر الأقاليم العربية ، بل فى أكثر البلاد الإسلامية ، فمسلمو الصين والهند ، وباكستان ، ومصر وسوريا ولبنان والعراق كانوا يأخذون به ، .

٢٥٦ — وعند الكلام فى هذا التفصيل نذكر وقف الإنسان على أولاده أو أولاد غيره ، إذا ذكر طبقة واحدة أو طبقتين .

الوقف على الأولاد

الوقف على الولد بلفظ المفرد :

٢٥٧ — إذا ذكر الواقف طبقة واحدة بلفظ المفرد ، كأن يقول وقفت على نفسى ، ومن بعدى على ولدى ثم على الفقراء أو على مسجد الحى ، أو جماعة من جماعات البر ، فإنه فى هذه الحال ينفرد بالاستحقاق من يكون موجودا من أولاده سواء أكان واحدا أم كان أكثر من ذلك ذكرا أو أنثى ، وإذا ولدله بعد ذلك ولد يدخل فى الاستحقاق ، لأنه من المقررات اللغوية أن المفرد المضاف يعم ، فكلمة ولدى مضافة إلى المتكلم فتعم كل من يولد ، وكلمة ولد فلان فى اللغة أيضاً تعم فإذا قيل ولد فلان شمل كل أولاده فإذا انقرض أولاده ذهب الوقف إلى الفقراء ، فإن ولد إليه أولاد بعد ذلك ، فإن الاستحقاق يعود له .

ولا تشمل كلمة ولدى أولاد أولاده ، لأنه اقتصر فى الاستحقاق على طبقة واحده ، ولم يوجد نص أو شرط يدخل أولاد الابن ، ولا استحقاق من غير نص أو شرط ، ولأن الولد المضاف إلى الشخص حقيقة فى ولده المباشر وولد الابن لا يعد ولدا له إلا على سبيل المجاز ، ولا يجمع بين الحقيقة والمجاز .

وإذا لم يكن له ولد لصلبه وقت الوقف وكان له ولد ابن ، أو أولاد ابن استحقوا الريع ، ينفرد به الواحد ، ويشترك فيه الأكثر من واحد ، سواء أكان ولد الابن ذكرا أم كان أنثى ، ويكون الاستحقاق لأولاد الابن دون غيره من أولاد البنات ، أو أولاد أولاد الابن ، فالطبقة الأولى من أولاد الابن هى التى تستحق دون سواها ، وكان ولد الابن له الاستحقاق عند عدم وجود أولاد صلبين ، لأنه يعتبر ولدا مجازا وقامت القرينة على إرادته ، إذ لم يكن له ولد صلبى ، فلا يمكن إعمال الحقيقة ، وإن لم يستحق ولد الابن كان ذلك إهمالا للفظ ، والاعمال ولو بالمجاز أولى من الإهمال .

وإذا ولد له ولد بعد ذلك عاد الاستحقاق إليه سواء أكان واحدا

أم كان أكثر لأنه الأولى بالاستحقاق ، ولأن لفظ الولد ينصرف إليه على سبيل الحقيقة ، ومتى أصبح استعمال الحقيقة ممكنا ، فإن اللفظ ينصرف إليه ، ولا يكون لولد الابن استحقاق .

وإذا لم يكن للواقف ولد لصلبه ولا ولد ابن قريب وقت الوقف ، وكان له ولد ابن ابن أو أسفل من ذلك مادام لم تتوسط أنثى ، فإن الاستحقاق ينصرف إليه إلى أن يولد له ولد ، لأنه لم يمكن إعمال الحقيقة ، وولد ابن الابن مهما نزل الابن ولد مجازا ، فينصرف اللفظ إليه إلى أن يوجد له ولد ، فإن الاستحقاق يكون له ، لأنه أمكن اعمال الحقيقة وكذلك إذا وجد له ولد ابن أقرب لانه يكون أولى فى الميراث بسبب قرب القرابة فيكون الوقف كذلك .

والوقف تصرف مستمر ، ومادام كذلك فإن ألفاظه تكون متجددة التفسير ، فتحمل على الحقيقة ما أمكن حملها ، فإذا تعذر الحمل على الحقيقة انصرف إلى المجاز حتى يمكن الحمل على الحقيقة .

وإذا لم يكن له وقت إنشاء الوقف ولد ولا ولد ابن من أى طبقة كان ولد الابن ، فإن الوقف يكون منقطع الأول ، ويصرف على الفقراء ، حتى يكون له ولد ، فإن كان له ولد بعد ذلك فإن الاستحقاق يعود إليه .

٢٥٨ — هذا كله إذا ذكر درجة واحدة ، وكان ذكر الولد بلفظ المفرد ، فإن ذكر طبقتين ، بأن قال وقفت على ولدى وولد ولدى ، فإن الموجود من أى طبقة من هاتين الطبقتين يستحق فى الوقف على حسب شرط الواقف ، واختلف فى دخول أولاده البنات ، فبعض فقهاء الحنفية قال : لا يستحقون ، لأن الولد ينسب لأبيه ، لا لأمه ، فلا يقال حينئذ أن من تلده البنت يكون منسوبا إليها ، فلا يدخل فى عموم ولد ولده ، وبذلك لا يستحق ، وقال آخرون إن ولد البنت يدخل فى عموم ولد ولده ، لأن ابنته وهى ولده قد ولدته بالفعل ، فكانت الحقيقة ثابتة بولادتها له ، وإن كانت النسب لأبيه ، والعرف يناديه بأبيه ، ولكن ذلك

العرف لا يمنع الحقيقة الثابتة ، وهو كون ابنته قد ولدته ، وهذا القول هو الراجح المفتى به فى المذهب ، وهو الذى كان معمولا به فى مصر قبل القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .

٢٥٩ — وإذا ذكر ثلاث درجات بأن قال على ولدى وولد ولدى وولد ولد ولدى ، فإنه يستحق كل من يكون له من ذرية سواء أكانوا ذكوراً أم كانوا أناثاً ، وسواء أكانوا من أولاد ولده الذكور أم من الأناث ، وفى دخول أولاد الإناث يجرى الخلاف السابق ، والراجح دخولهم وإذا انقرضت ذريته آل الاستحقاق إلى جهة البر التى عينها .

وإذا ذكر فى الاستحقاق ولد غيره ، فإن الحكم واحد إذا ذكر طبقة واحدة ، أو اثنتين ، فهو كالحكم فيما لو قال على ولدى ، أو على ولد ولدى ، وكذلك لو قال ثلاث طبقات من أولاد غيره ، فإن ذريته جميعاً تستحق على مقتضى شرط الواقف ، بالسوية أو بالتفرقة فى الاستحقاق .

الوقف بلفظ المثنى :

٢٦٠ — إذا كان وقفه على ولده أو ولد غيره بلفظ المثنى ، بأن قال أرضى صدقة موقوفة على ولدى ومن بعدهما على أولادهما ، وأولاد أولادهما ، ومن بعد انقراضهم يكون لجهة بر ، ثم للفقراء . أو للفقراء مباشرة من بعد انقراض الذرية ، وفى هذه الحال يستحق الريع كله ولداه إن شرط لهما ، وولدا غيره إن شرط لولدى غيره ، واستحقاقهما للريع إذا عينا بالأسماء أو الإشارة أو لم يكن له غيرهما ، وإن لم يعينهما وكان له غيرهما رجع إليه فى البيان إن كان حيا ، وإذا كان قد مات من غير بيان اصطلحوا فيما بينهم على اثنين ، فإن ماتوا من غير اتفاق على اثنين كان مايستحقه الاثنان للفقراء ، وما يجىء بعد ذلك من الاستحقاق يكون لأولاد الاثنين اللذين يتفقون على تعيينها ، وإلا فمآل الوقف نهائيا إلى الفقراء ، لأنهم المصرف المصرف العام لكل وقف .

وإذا وقف على اثنين معروفين ، ومن بعدهما لأولادهما — ثم للفقراء ، ومات أحدهما فإن نصيبه يكون للفقراء ، حتى يموت الثانى ، وحينئذ يئول إلى أولادهما على حسب شرط الوقف لأنه ذكر أن استحقاق الريع يكون للأولاد بعد الولدين لا بعد موت أحدهما فقط ، وحينئذ يكون نصيب المتوفى قبل أخيه للفقراء ، لأنهم المصرف العام لكل وقف ويسمى ذلك الوقف منقطع الوسط ، وذلك لأن صرف الغلة على الفقراء جاء بعد أن استحق الموقوف عليهما الغلة .

وهذا هو المذهب الحنفى . أما الشافعى ، فهو أن الغلة تئول إلى فرع من يموت ، ولا تذهب إلى الفقراء ، وقد اختار ذلك القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ كما جاء ذلك فى المادة - ٣٢ - إذ نصت على ذلك الفقرة الأولى منها ، وهذا نصها :

« إذا كان الوقف مرتب الطبقات لا يحجب أصل فرع غيره . ومن مات صرف ما استحقه أو كان يستحقه إلى فرعه » وبذلك لا يكون ثمة وقف منقطع الوسط فى هذا الموضع فى القانون المذكور .

الوقف بلفظ الأولاد :

٢٦١ — وإن كان الوقف على الذرية بلفظ الأولاد ، واقتصر على طبقة واحدة ، فإن عينهم بالاسم أو الإشارة ، ثم ذكر من بعد ذلك جهة ، فإن الوقف يكون على هؤلاء المعينين ، ومن بعدهم يكون على جهة القربة المعينة أو يكون على الفقراء ، فان الوقف يكون على هؤلاء الأولاد المعينين على حسب شرط الواقف . وإذا ماتوا آل الوقف للجهة المعينة ، ومن مات منهم يكون نصيبه للفقراء حتى ينقرضوا جميعا فيكون للجهة المعينة .

وإذا كانوا غير معينين فقد اختلف الفقهاء فى المذهب الحنفى أيستحق الوقف على ذريته ، أم يستحق أولاده لصلبه فقط ؟ قال الكثيرون إنه لا يستحق إلا أولاده الصلبيون ، ولا يشمل كل ذريته ، لأن اللفظ واضح صريح فى طبقة

واحدة ، ولا قرينة تجعله يشمل الطبقات كلها . وهـذا القول هو الراجح في ذلك المذهب .

وقال آخر ان الوقف يكون على كل ذريته ، ومن ينتسب إليه ، وذلك مرجوع كما يستفاد من الفتاوى المهدية ، وإذا لم يقتصر على طبقة واحدة استحق كل من ينتسب إليه ، سواء أكان من أولاد البنين أم من أولاد الإناث، قربت الطبقة أو بعدت ، ويدخل فى الاستحقاق أولاد البنات على الخلاف السابق ، لأن تـكرار كلمة الأولاد تدل عرفا على شمول اللفظ لكل من ينتسب إليه أو إلى أولاده.

وإذا ذكر الوقف بلفظ أولادى ولم يكن له إلا ولد واحد أيستحق الغلة كلها أم يستحق نصفها ، ويكون النصف للفقراء .

ذهب بعض الفقهاء إلى أن الولد يستحق الغلة كلها باعتبار أن النسبة بالولادة يلغى معنى الجمع ، إذ الغرض أن يعطى من يـكون ولدا منسوبا له ، وجعل حق الفقراء بعد ولده ، وقال آخرون يستحق النصف ، لأن لفظ الجمع أقل ما يصدق عليه اثنان فيكون الواقف كأنه ذكر اثنين . فإذا لم يـكن إلا واحد استحق نصف الغلة ، والظاهر هو الأول .

الوقف بلفظ البنين أو البنات :

٢٦١ — إذا قال الواقف : وقفت على أبنائى ، فإن كان فيهم بنات دخلن فى الوقف لأن كلمة الأبناء تطلق وتشمل الأبناء والبنات من قبيل التغليب ، فإن اسم الذكور يطلق على الإناث والذكور ، إذا اجتمع الصنفان .

وذلك بخلاف ما إذا قال وقفت على بناتى ، وكان له أولاد بنون وبنات فإنه لا يدخل فى الاستحقاق البنون ؛ لأن كلمة بناتى لا تشمل الذكور بأصل الوضع ، ولا يجرى فى ذلك التغليب ، لأن العرف لم يجر بذكر أسماء البنات وإرادة العموم ، إذ لا تغلب فى اللغة فى الألفاظ الدالة على البنات بأصل الوضع فتشمل الذكور .

وإذا قال على أبنائى ، وليس إلا ابن واحد ، أو قال بناتى ، وليس له إلا بنت

واحدة ، فإن الغلة تكون كلها للواحد أو الواحدة ، بل يكون له النصف ، لأن العرف لا يجعل كلمة الأبناء أو البنات تطلق على الواحد ، إذ معنى الولادة لا يتضمنه اللفظ بأصل صيغته ، وذلك إذا لم ينص على أن الواحد يستحق الكل فإن الأمر يسير على مقتضى النص دون سواه .

ولو وقف على أبنائه وليس له إلا بنات ، أو على بناته وليس له بنات فإن الوقف يصرف على الفقراء إلى أن يرزقه الله تعالى بنين أو بنات ، ويكون الوقف منقطع الأول ، إذ لم يمكن صرف الوقف فى أوله على مصرفه الخاص، فيصرف فى المصرف العام ، وهو الفقراء إلى أن يوجد المصرف الخاص .

الوقف على النسل والذرية والعقب :

٢٦٣ — (ا) لو كانت صيغة الوقف على الذرية بلفظ الذرية أو بلفظ النسل فإنه يدخل فى الوقف كل من ينتسب إلى الشخص سواء أكان من أولاد البنات الذين يسمون أولاد البطون ، أم من أولاد الأبناء الذين يسمون أولاد الظهور .

(ب) ولو كان الوقف بصيغة العقب ، كأن قال وقفت على عقبي ، فانه يدخل فى وقفه كل من لا تتوسط أنثى فى النسبة إليه ، ذكوراً أو أناثاً ، ويسمون أولاد الظهور ، أى لا يدخل إلا هؤلاء . ولا يدخل أولاد البطون ، وهم الذين تتوسط بينهم أنثى فى النسبة ، فلو قال وقفت على عقبي دخل أولاده ، وأولاد أبنائه ، ولو من الإناث كبنات ابن من أبنائه ولا يدخل أولاد بناته ، لأنه توسط فى النسبة أنثى .

(حـ) ومثل ذلك لو قال لوقفت على أولاد الظهور من ذريتى أو نسلى ، فإنه لا يدخل من يتوسط بينه وبينه أنثى ، وهكذا ، ولو قال وقفت على آلى وجنسى وأهل بيتى ، يدخل كل من يتصل به عن طريق الذكور كأعمامه ، وأبناء عمومته وأولاده ذكوراً وإناثاً وكل أولاد الظهور من ذريته ، ولا يدخل أولاد الإناث ، أى لا يدخل أولاد البطون ، ولا تدخل أم الواقف ، ولا أولاد العمات ،

ولا أولاد الأخوات ، لأن هؤلاء ليسوا من آله ، وبالجملة يدخل فى الآل كل العصبات أو من يتصلون بهم بولادة من الطبقة الأولى .

(ى) ولو وقف على أقربائه أو ذوى قرابته أو ذوى رحمه أو من يرتبطون معه بنسب ، وفى هذه الحال تكون الغلة لكل من تشمله كلمة قرابة سواء أكانت من جهة الأم ، أم كانت من جهة الأب ، وتشمل الأصول والفروع ، ويدخل فى الوقف المحارم وغير المحارم ، وقال أبو حنيفة فى الوصية إنه لا يدخل إلا ذوو الرحم المحرم ، لأن المحرمية هى القرابة المعتبرة ، ويلاحظ عند توزيع الغلة فى الوصية عنده الأقرب فالأقرب ، وهكذا . . .

(ﻫ) ولو قال فى وقفه وقفت على عيالى لا يدخل فى الاستحقاق إلا من تجب عليه نفقته ، أو كان ينفق عليه بالفعل ، ولو لم تكن نفقته واجبة عليه ، كابن العم أو ابن الخالة ، لأن كلمة عيال تدل على أنهم يكون فى كنفه ورعايته ، والتزم الإنفاق عليهم بحكم القضاء أو بحكم الصدقة المبررة فى ذوى الرحم .

وإذا قال وقفت على أهلى كان الوقف على كل من يعوله فى بيته من زوجه وقرابته ، وهذا فى الاستحسان ، وفى القياس إن الوقف يكون خاصاً بزوجته ، لأن النصوص القرآنية وردت بتخصيص كلمة الأهل بالزوجة أو الأزواج ، ووجه الاستحسان أن كل من يضمهم بيته يعرون فى العرف أهله .

توزيع الغـلة بين مستحقيها

٢٦٤ — قد ذكرنا الصيغ التى يذكرها الواقف على أولاده أو أولاد غيره وأحوالها، وهو مايسمى الوقف الأهلى أو الذرى، ولكن لم نبين طريقة تقسيم الغلات بين المستحقين ، أيستحقون جميعاً من كل الطبقات لا فرق بين طبقة وأخرى ، وهل يستحقون بالسوية من غير تفاوت .

(ا) بالنسبة للأمر الأول ، وهو استحقاق الطبقات قد قرر الفقهاء فى المذهب الحنفى وغيره أنه إذا لم يذكر ما يدل على الترتيب فإن الغلات تصرف كل عام إلى من ينطبق عليهم الاسم أو الوصف الذى ذكره الواقف فى وقفه ، وقد يزيد نصيب مايخص كل واحد من هذه الغلة ممن ينطبق عليهم الوصف، وقد ينقص بزيادة من تنطبق عليهم عبارات الواقف، فكلما زاد عدد المستحقين نقص مقدار مايستحقه كل واحد من الغلة ، وكلما نقص العدد قص المقدار المستحق ، وهكذا . . .

(ب) وإذا كانت العبارة تفيد ترتيب الطبقات ، فإنه لا يستحق أحد من طبقة إلا بعد أن تنقرض الطبقة التى تسبقها ؛ فإذا قال وقفت على أولادى ثم أولادهم ثم أولادهم ، أو وقفت على أولادى فأولادهم . أو وقفت على أولادى وأولادهم طبقة بعد طبقة ، أو جيلا بعد جيل ، أو تحجب الطبقة العليا منهم الطبقة السفلى فنى هذه الصور كلها لا تستحق طبقة إلا بعد انقراض من يكون أعلى منها ، فيصرف الريع إلى أهل الجيل الأول ، ولا يصرف إلى أهل الجيل التالى إلا إذا انقرض من سبقه . فلو بقى واحد من الطبقة السابقة لا يصرف لأحد من التالية ، وفى هذه الحال يجرى الخلاف فى أنه يأخذ النصف ، أو يأخذ الكل ، وإذا أخذ النصف على قول من يقول إنه يأخذه فقط يكون النصف الآخر للفقراء .

(حـ) وإذا ذكر مع ترتيب الطبقات أن من يموت من أهل طبقة ، يأخذ ولده ما كان يأخذه، ويكون لولد ولده من بعده ما كان له، فإن نصيبه يؤول إلى فرعه ، ويكون

الترتيب فى هذه الحال ترتيباً إفرادياً لا ترتيباً جمليا ، ومن ذلك أن يقول ما يجرى عادة فى وثائق الأوقاف تحجب الطبقة العليا الطبقة السفلى من نفسها دون غيرها ، فإنه فى هذه الحال يقوم فرع كل شخص من المستحقين يقوم مقامه بتسلسل الاستحقاق مع كل طبقة ، وحينئذ يكون الترتيب فى هذه الحال ليس ترتيباً بين الطبقة كلها ، بل يكون ترتيباً فقط بين كل فرع وطبقته هو خاصة .

وقد يكون الترتيب ترتيبا جمليا ولكنه إفرادى نسبياً كأن يقول الواقف طبقة بعد طبقة وجيلا بعد جيل على أن من مات من أهل طبقة استحق فرعه ما كان يستحقه وشارك أهل الطبقة العليا باستحقاق أصله ، إذ يقوم مقام أصله فى الدرجة والاستحقاق ، وفى هذه الحال يستحق الفرع ما كان يستحقه أصله ما بقى واحد من الطبقة العليا ، فإذا انقرض جميع الطبقة نقضت القسمة ، وصار كل واحد فى الطبقة التالية يستحق ، وتوزع عليه الغلة من جديد .

نقض القسمة

٢٦٥ — والكلام فى نقض القسمة يوجب علينا أن نذكر ببعض التفصيل أقوال الفقهاء فى ذلك ، وإنه يتلخص مما سبق أن عبارات الواقفين تنقسم إلى أقسام أربعة:

أولها : ألا يذكر طبقات ولا ترتيبا بأى لفظ من ألفاظ الترتيب ، سواء أكان بالفاء أم كان بثم ، وفى هذه الحال لا ترتيب ولا نقض للقسمة بمقتضى الأحكام الفقهية ، وذلك لما بينا فى الفقرة الأولى من النبذة السابقة ، وإذا كان مع ذلك اشترط أن من يموت عن ذرية قامت ذريته مقامه فيما كان يستحقه ، فإنه فى هذه الحال قد يأخذ المستحق نصيبين :

(ا) بمقتضى استحقاقه الأصلى باعتباره منسوبا إلى الواقف بالولادة .

(ب) يأخذ باعتباره قائما مقام أبيه فيما كان يستحقه ويتسلسل الأمر على ذلك ولا تنقض القسمة أصلا ، ويلاحظ فى هذه الحال أنه لا يقوم مستحق مقام أصله إلا إذا كان ثمة نص على ذلك ، فإن لم يكن نص فإن الغلة توزع على كل المستحقين ، وتتغير القسمة كما أسلفنا بتغير مقادير الاستحقاق وعدد المستحقين .

والثانى : أن يكون الترتيب بين الطبقات ، ولكن يذكر أن كل طبقة تحجب فرعها دون فرع غيرها ، كأن يقول كما ذكرنا فى العبارات السابقة وقفت هذا على أولادى وأولادهم وأولاد أولادهم طبقة بعد طبقة وجيلا بعد جيل على أن تحجب الطبقة العليا الطبقة السفلى من نفسها دون غيرها . والترتيب هنا إفرادى ، فالطبقة مقدمة بالنسبة لفروع المستحق لا بالنسبة لفروع غيره ، ولا ترتيب بالنسبة لغيره ، فقد يكون المستحقون من طبقات مختلفة بالنسبة لمجموع الطبقات ، ولكن إذا لوحظ الفرع الذى يستحق الشخص فيه كان الترتيب ثابتا قائما بالنسبة له ، ولذلك كان التعبير بأن الترتيب إفرادى مصوراً للحقيقة[1] .

وقد كان يكون فى بعض هذه الصور الوقف كأنه عدة أوقاف إذا كان التوزيع الإفرادى سابقاً ذكر الطبقات ، وذلك كان يقول وقفت على أولادى ثم من بعد

---

(١) الفتاوى المهدية ج١ص ٤٥٦

كل منهم يكون على أولاده ثم أولاد أولاده وهكذا طبقة بعد طبقة على أن من مات منهم ينتقل نصيبه لفرعه ، وإن سفل....فإنه فى هذه يكون عدة أوقاف ،وفى هذه الحال لا تنقض القسمة بموت آخر أى طبقة ، بل ينتقل استحقاق كل إلى ولده، لأن الواقف عبر بلفظ كل المفيد للإحاطة والاستغراق الشامل لكل الأفراد ، ويعتبر وقفه بمنزلة أوقاف متعددة ، ويقسم ما يأخذه كل وقف على فروعه خاصة .

ولقد جاء فى الفتاوى المهدية أن عدم نقض القسمة فى هذه الحال قطعى ، لا احتمال فيه (١) .

والثالث أن يذكر ترتيب الطبقات ولا ينص على أن كل أصل يحجب فرعه دون فرع غيره ، ولكن ينص على قيام الفرع مقام أصله فى الدرجة والاستحقاق ، كأن يقول مثلا وقفت على أولادى ثم أولاد أولادى طبقة بعد طبقه ، ونسلا بعد نسل وجيلا بعد جيل ، على أن من مات منهم عن ولد أو ولد ولد قام ولده مقامه فى الدوجة والاستحقاق ، فى هذه الحال يكون ثمة ترتيب إفرادى وجملى معاً ، وعلى ذلك من يموت عن فرع يقوم ولده مقامه ، فإذا كان أولاد الرجل أربعة ، ومات أحدهم عن أربعة أولاد قاموا مقامه ، فإذا مات الآخر عن ولد قام مقامه فى نصيبه ، وإذا مات الثالث عن ولدين قاما مقامه فى الدرجة والاستحقاق ، ويستمر كل فرع يأخذ نصيب أبيه ما استمر الرابع على قيد الحياة ، فإذا مات نقضت القسمة ، وصار كل واحد يأخذ بقدر طبقته فإذا كان المجموع عشرة قسمت الغلة على عشرة ومن يموت ينتقل نصيبه إلى فرعه ، ويستمر الأمر كذلك .

٢٦٦ — ونقض القسمة فى هذه الحال الأخيرة موضع خلاف بين الفقهاء ، فالسبكى من فقهاء الشافعية يرى أن نقض القسمة هو من قبيل الاحتمال ، لا من قبيل الأمر القطعى ، فالصيغة التى تقرر أن الفرع يقوم مقام أصله مع ترتيب الطبقات من غير الاكتفاء بالنص على أن كل طبقة تحجب فرعها دون فرع غيرها — يذكر أنها تحتمل نقض القسمة عند موت آخر واحد من أفراد الطبقة ، وتحتمل عدم

---

(١) الفتاوى ج ١

نقضها وأن يبقى ما يستحقه كل أصل فى فروعه مسلسلا فيها ، ولكنه يرجح عدم نقض القسمة ، ويقول إن نقض القسمة محتمل » : ولكنه مرجوح » وقد خالفه فى ذلك جلال الدين السيوطى[1] .

وقد ذكر الخصاف فى كتابه أحكام الأوقاف أن القسمة تنقض بعد موت آخر الطبقة ويقول فى ذلك : « فلو مات بعضهم عن نسل تقسم الغلة على عدد الاولاد الموجودين وقت الوقف . فما أصاب الأحياء أخذوه ، وما أصاب الميت كان لولده . . . ولو كان عدد البطن الأعلى عشرة . . . فإن مات العاشر انتقضت القسمة لانقراض البطن الأعلى ، ورجعت إلى البطن الثانى »

وقد خرج ابن نجيم فى الأشباه كلام الخصاف على أساس أن الترتيب كان بذكر الطبقة ، فقال طبقة بعد طبقة ، فتنقض القسمة فى هذه الحال وكذلك إذا كان لفظ الترتيب نسلا بعد نسل ، أما إذا كان الترتيب بالفاء أو بثم ، من غير ذكر طبقة فإنه لا تنقض القسمة لعدم صراحة ترتيب الاستحقاق بين الطبقات ، إذ أن ثم أو الفاء ، وإن أفادتا بالترتيب إلا أن هناك ترتيباً آخر ، وهو قيام كل فرع مقام أصله فى الاستحقاق والدرجة ، فيرجح ذلك الجانب ، ويعتبر الترتيب ترتيب أفراد لا ترتيب جملة ، أما ذكر البطن أو النسل أو الطبقة ، فإن معنى الترتيب الجملى واضح ، ولا يعارضه قيام الفرع مقام أصله ، ولكن رد قوله فقهاء الحنفية ، وخصوصاً البيرى فى تعليقه على الأشباه والنظائر .

وقد ذكر نقض القسمة فى كتب الشافعية ، فليس قول السبكى الذى يمنع نقض القسمة فى هذه الحال هو القول المعتبر عند الشافعية ، بل إن ابن حجر نقل القول بنقض القسمة أيضا فى ذلك المذهب ، فليس إذاً قولا واحداً ، ومثل ذلك عند مالك وأحمد .

وإن الأمر فى هذا ليس اختلافا فقهيا ، بل هو اختلاف فى فهم معانى عبارات الواقفين ، وهى محتملة وليست قاطعة ، والعمل قبل قانون سنة ١٩٤٦ كان يسير على أساس نقض القسمة .

(١) راجع رسالة الأقوال الجلية فى مسألة نقض القسمة والمرتبة الجعلية لابن عابدين.

نقض القسمة فى القانون

٢٦٧ – هذا نقض القسمة فى الأحكام الفقهية ـ والقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ـ ألغى نقض القسمة ، وجعل كل فرع يقوم مقام أصله ، إذ كان الوقف مرتب الطبقات ، ولو لم يذكر الواقف أن الفرع يقوم مقام أصله، وهذا نص المادة ـ ٣٢ ـ

« إذا كان الوقف على الذرية مرتب الطبقات لايحجب أصل فرع غيره ، ومن مات صرف ما استحقه أو كان يستحقه إلى فرعه ، ولا تنقض قسمة ريع الوقف بانقراض أى طبقة ، ويستمر ما آل للفرع متنقلا فى فروعه على الوجه المبين فى فى الفقرة السابقة إلا إذا أدى عدم نقضها إلى حرمان أحد من الموقوف عليهم » .

وقد جاء فى المذكرة التفسيرية خاصاً بهذه المادة مانصه : « مذهب الحنفية أنه إذا كان الوقف على واحد أو أكثر معينين بالذات أو بالوصف ، أو بهما معاً وعلى ذريتهم وكان الوقف مرتب الطبقات ، ولم ينص الواقف على قيام الفرع مقام أصله لايستحق أحد من الفروع شيئاً ، وإن ماتت أصولهم إلا إذا انقرضت طبقة من أصولهم ، ومن مات من الأصول كان نصيبه للباقين فى بعض الصور ، ومنقطعاً فى البعض الآخر . فلو وقف على أولاده : زيد وبكر وعمر ومن بعدهم على أولادهم وذريتهم وقفاً مرتبة الطبقات ، فمات أحد أولاده لاينتقل نصيبه لولده ، وإن مات عن غير ولد لايكون نصيبه لمن فى طبقته ، بل يكون فى الحالين منقطعاً منصرفا للفقراء إلى أن يموت أولاد الواقف الثلاثة ، فتكون غلة الوقف جميعها للطبقة الثانية ، وهم أولاد الأولاد » .

« ولو قال وقفت على ابنى ثم من بعدهما على أولادهما وذريتهما طبقة بعد طبقة ، فمات أحد الابنين عن ولد لا يستحق ولده شيئاً من الغلة مادام الآخر موجوداً ، ويكون نصف الغلة للفقراء ، ونصفها للابن الموجود إلى أن يموت ، لتصير الغلة كلها للطبقة الثانية » .

ولو قال وقفت على أولادى ثم على ذريتهم طبقة بعد طبقة ... فمات أحد من

الأولاد عن ولد كان نصيبه لباقى إخوته ، لأن لفظ الأولاد يشملهم ، ولا يستحق أحد من أولاد الأولاد مابقى من الأولاد أحد » .

« ولا شك أن قيام الفرع مقام أصله أقرب إلى العدالة والمصلحة ، وأقرب إلى أغراض الواقفين ومقاصد الشارع فى البر والمصلحه ، ومن يتتبع كتب الواقفين ، وما ذكرو من الشروط تأكيدا لحصر الوقف فى الذرية يتبين له جلياً أنه ليس من مقاصدهم أن يكون شئ من أوقافهم منقطع المصرف ، ومستحقا للفقراء ، ولا أن يصرف نصيب من مات عن ولد إلى غيره إلا إذا كان من قصده ذلك ، ونص عليه نصاً صريحاً » .

« لهذا عدل عن مذهب الحنفية الذين يرون أن الترتيب عن الطبقات ترتيب جملة على جملة لاترتيب أفراد على أفراد ، وأن الفرع يقوم مقام أصله ، شرط الواقف قيامه أم لم يشرطه ، فلا يحجب أصل فرع غيره من الموقوف عليهم ، والمراد من الذرية ذرية الموقوف عليهم ، سواء أكانوا ذرية الواقف أم ذرية غيره (١) » .

وأخذ فى هذا بالأظهر من مذهب الحنابلة ، وما ذكره المالكية على أنه رأى أهل التحقيق عندهم ، وهو أن الترتيب ترتيب أفراد على أفراد ، وأن الفرع يقوم مقام أصله ، شرط الواقف قيامه أم لم يشرطه فلا يحجب أصل فرع غيره من الموقوف عليهم .

« والمراد من الذرية ذرية الموقوف عليهم ، سواء أكانوا ذرية الواقف أم ذرية غيره » .

« وما يستحقه الميت يكون لولده ، والمراد من الاستحقاق المستحق بالفعل ، سواء أكان أصلياً أم آل إليه عن استحقاق موقوف آخرين . وإذا كان

---

(١) أى سواء أكانوا منسوبين إلى الواقف بمقتضى العرف ، أم منسوبين إلى غيره ، وبذلك يدخل أولاد البطون أيا كانت طبقتهم .

الأصل قد مات قبل الاستحقاق ، فمتى آل الاستحقاق لطبقته فإن فرعه يحل إذ ذاك محله ، ويستحق ما كان يستحقه أصلا لو كان حياً ، أما من يموت عن غير ولد فحكم نصيبه مبين فى المادة - ٣٢ - »

وإذا كان الوقف مرتب الطبقات - شرط الواقف قيام الفرع مقام أصله أم لم يشرط - فمذهب الحنفية أن غلة الوقف تقسم بعد انقراض الطبقة العليا على رءوس الطبقة التى تليها وتنقض قسمة الريع التى كانت قائمة عند انقراضها - (كما أشارت المذكرة من قبل) .

غير أن عدم نقض القسمة أقرب إلى روح الشريعة فى قسمة الميراث ، وهو الملائم لما أخذ به فى هذا القانون من جواز قسمة الوقف قسمة لازمة دائمة ، لأن عدم نقض القسمة فى الريع يدعو إلى الاستقرار فى شأن الوقف وأعيانه ، ويكون حافزا لمن اختصوا بنصيب منه على أن يعملوا على إصلاحه وتنميته ، شأن المالك فى ملكه ، لهذا عدل عن مذهب الحنفية ، وأخذ برأى فريق من المالكية والحنابلة من عدم نقض قسمة ريع الوقف بانقراض الطبقة العليا من مستحقيه ، واستمرار ما آل للفرع عن أصله أو غيره من المستحقين متنقلا فى فروعه على ألا يحجب أصل فرع غيره ، ويستحق فرع من مات ما استحقه أصله ، أو كان يستحقه .

٢٦٨ — وانتقال نصيب من مات إلى فرعه يكون طبق شرط الواقف ، فإن نص على التسوية بين الذكور والإناث عمل به ، وإن نص على أن للذكر مثل حظ الأنثيين عمل به ، وإن سكت كان بالتساوى ، اللهم إلا فى أنصبة ذوى الاستحقاق الواجب إذا كان الواقف قد وقف عليهم ، فلا يكون السكوت هنا دليل التساوى لقيام قرينة أقوى منه ، وهى إرادة الشارع لوجوب مسايرة المواريث فى قسمة الغلة ، وكذلك لو لم يكونوا من الموقوف عليهم ، ثم دخلوا فى الاستحقاق وفقاً للمادة - ٣٠ -

ومحل عدم نقض القسمة إذا لم يترتب على عدم نقضها حرمان أحد من الموقوف عليهم . أما إذا ترتب عليه ذلك فإنه يجب نقضها فى هذه الحال فقط ، فلو جعل الواقف وقفه على أولاده، وأولاد أولاده، وذريته وجعله مرتب الطبقات

وكان له حين الوقف أولاد لصلبه وأولاد أولاد مات أصولهم قبل الوقف ، فمتى مات أولاده لصلبه وجب نقض القسمة فى الريع وقسمته بين جميع أولاد الأولاد ، لأنه لو انتقل نصيب كل أصل إلى فرعه ما استحق أولاد من مات قبل الواقف شيئا ، ولا يمكن القول بأنهم غير محجوبين ويستحقون مع أعمامهم ، إذ لا يحجب أصل فرع غيره فإن المراد منه ألا يحجب أصل فرع غيره إذا كان هذا الغير من الموقوف عليهم بمعنى أن نصيبه أو ما كان يستحقه يكون لفرعه ، فلا كلام فى عدم الحجب إلا حيث يمكن قيام الفرع مقام أصله فيما كان يستحقه هو ، وهذا هو القول الذى استند إليه فى ذلك ، ومن مات قبل الوقف لم يكن من الموقوف عليه أصلا ، فليس له استحقاق ، ولا يمكن أن يكون له استحقاق حتى يقال إنه قام فرعه مقامه .

٢٦٩ — ومن المادة ٣٢ والمذكرة التفسيرية فى توضيحها يتبين أمران :

أولهما : أن نقض القسمة لا يكون ولو كان الوقف مرتب الطبقات ترتيبا جمليا من كل الوجوه ، وأن عدم نقض القسمة هو الذى يتفق مع أغراض الواقفين فى نظر كاتب المذكرة ، وإن لم يكن ثمة دليل لفظى يثبت هذه الإرادة ، وذكر أن ذلك هو بعض الأقوال فى المذهبين المالكى والحنبلى .

ثانيهما : أن الوقف المنقطع الوسط بسبب إلغاء نقض القسمة أصبح لا وجود له ، وهو الوقف الذى يصرف على مستحقيه ابتداء ، ثم ينقطع مصرفه بعد ذلك فيصرف إلى الفقراء ، كأن يقف على ولديه ومن بعدهما على ذريتهما ، فإنه إذا مات أحد الولدين صرف الذى يخصه من ريع الوقف على الفقراء حتى يموت الولد الثانى ، فبمقتضى إلغاء مبدأ نقض القسمة ، وقيام كل فرع مقام أصله من غير حاجة إلى نص من الواقف ، واعتبار كل الأوقاف مرتبة الطبقات ترتيبا إفراديا يستحق ولد من مات ولا يصرف نصيبه للفقراء .

نقض السقمة بالنسبة للأوقاف القديمة

٢٧٠ — وإن المادة ٣٢ تطبق على كل الأوقاف القديمة ، كما طبقت على الأوقاف الجديدة الحادثة بعد صدور القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ - ولم يستثن إلا الأوقاف التى نقضت فيها القسمة قبل وجود القانون ، وهذا نص ما جاء بالمادة - ٥٧ - خاصا بنقض القسمة :

« ولا تطبق أحكام الفقرة الثانية من المادة - ٣٢ فى الأحوال التى نقضت فيها قسمة الريع قبل العمل بهذا القانون » .

وبهذا النص تبين أن الفقرة الخاصة بنقض القسمة لا تطبق على الماضى بالنسبة للأحوال التى نقضت فيها القسمة ، وتطبق فى الأحوال التى لم تنقض ، وإن هذا النص صريح فى أنه ليس لقاض أن يقضى بنقض القسمة بعد صدور ذلك القانون إذا لم تكن قد نقضت قبله ، ولو كان الوقف قد صدر منذ أجيال طوال .

وإن معنى نقض القسمة بلا ريب أن تعاد قسمة الريع على الطبقة التالية ، فإذا مات آخر الطبقة فمعنى نقض القسمة فى هذه الحال أن يعاد تقسيم الريع بين أهل الطبقة الجديدة ، على مقتضى التقسيم الذى ذكره الواقف فى شروطه بالتساوى أو للذكر مثل حظ الانثيين - فإذا كانت القسمة قد نقضت على هذا الوجه فإنه لا يقضى بإلغاء ما وقع ، وإذا لم تكن نقضت على ذلك الوجه فلا يصح نقضها ، لأن الوقف فى هذه الحال خاضع للأحكام الجديدة التى جاءت بها المادة ٣٢ .

٢٧١ — وإن هذا الأمر كان موضع نظر فى المحاكم الشرعية قبل إلغائها ، ثم امتد النظر فيه إلى المحاكم الوطنية بعد إدماج تلك المحاكم فيها .

ومع وضوح الأمر فى هذا قد تكلم بعض الباحثين فى معنى نقض القسمة ، فقال إن معنى نقض القسمة يتحقق بموت آخر واحد من الطبقة قبل صدور القانون، ولو كانت قسمة الريع مستمرة على ما كانت عليه من قبل، وقال فى توجيه

قوله والاحتجاج له : إن نقض القسمة كالميراث يتحقق بموت آخر الطبقة ، فيتحقق النقض بذلك ، ولو لم يتغير تقسيم الريع بالفعل أو بحكم قضائى ، كالملك فى الميراث يثبت بمجرد الوفاة من غير حاجة إلى قسمة للتركة ولا حكم قضائى يعطى كل ذى حق حقه .

وإنه لقياس غريب ، لأن الفرق كبير بين الاستحقاق فى الوقف ، والملكية فى الميراث ، فالميراث يثبت فيه الملك جبرا من غير اختيار للوارث ، والوراثة خلافة عن المورث ، بينما الاستحقاق بنقض القسمة لا يثبت بالخلافة ، بل يثبت بتفسير لشرط الواقف لنظام الاستحقاق ، ونظام الاستحقاق لا يكون بالخلافة ، ولو أن للخلافة مقاما فى الاستحقاق فى الأوقاف لكانت فى قيام الفرع مقام أصله وهو ما اختاره القانون ، ولا تكون بنقض القسمة ، لأنها معاندة فى ذاتها لمعنى الخلافة ، فهما نقيضان ، لأنها نقض للخلافة .

ثم إن نقض القسمة موضع خلاف بين الفقهاء ، والأمور التى تكون موضع خلاف بين الفقهاء لا تثبت الحقوق فيها إلا باختيار من ولى الأمر ، أو بحكم قضائى ، أو بترجيح المفتى فى مذهب معين ، وهذا كله بعيد كل البعد عن الميراث ، وإن ولى الأمر قد اختار بقانونه الذى أصدره إلغاء نقض القسمة ، فلا موضع لإحداث نقض لم يكن قد وقع من قبله .

٢٧٢ — وإن تفسير كلمة « نُقِضَت قسمة الريع » التى جاءت فى آخر المادة ٥٧ الآنفة الذكر باستحقت النقض مناف للتفسير اللغوى للألفاظ ، ومناف لأغراض القانون ومقاصده . أما منافاته للغة ، فلأنه من المقرر فى عرف اللغويين وأهل التفسير والبيان ـ أن مالا يحتاج إلى تقدير أولى مما يحتاج إلى تقدير ، ولا شك أن تفسير كلمة ـ نقضت ـ بالنقض بالعقل أو بحكم القضاء لا يحتاج إلى تقدير بينما تفسير كلمة ـ نقضت ـ باستحقت النقض لا يتحقق مؤداه إلا بتقدير كلمة استحقت . وإن الألفاظ الشرعية والقانونية تفسر بمدلولاتها اللغوية الظاهرة

التى تتبادر إلى الفهم إلا إذا كان الظاهر متعارضا مع سائر أحكام القانون ، فحينئذ يؤول اللفظ لتتآخى أحكام القانون وألفاظه ، وتتلاقى ولا تتنافر .

وأما منافاة ذلك التفسير لمقاصد القانون وأغراضه ، فذلك لأن هذا القانون بالنسبة لنقض القسمة قد جاء ملغيا لما كان معمولا به من قبل ، وقد تبين من المذكرة التفسيرية التى نقلناها من قبل أن المقصد الذى من أجله جاءت المادة ـ ٣٢ ـ التى اشتملت على منع نقض القسمة ـ أن نقض القسمة كان داء ، لأنه يجعل الأسرة تنتقل من يسر إلى عسر ومن عز إلى ذل ، لأن أولاد الأصل الذى توفى إذا كانوا عددا قليلا بجوار بقية المستحقين سينالهم حرمان من استحقاق وفير ، والاكتفاء باستحقاق ضئيل .

وإذا كانت هذه الروح هى التى جاءت بهذا النص يجب أن يكون التفسير مطابقاً لهذه الروح غير خارج عن نطاقها ، وأن يكون فى الحدود التى رسمها ، وإن القانون قد اعتبر النقض داء ، ولذا رأيناه يضيق حدوده .

وقد رأينا القانون يترك ما نقضت قسمة الريع فعلا فيه أو حكم فيه بنقضها ، فلا يصح أن نتوسع فنقول يجب أن نقرر ما استحق النقض أيضاً .

وإن الفرق كبير بين النقض واستحقاق النقض ، لأن النقض معناه أن الريع وزع توزيعاً جديداً غير ما كان عليه فى الطبقة السابقة فاطمأن أصحاب هذا التوزيع إليه، ورتبوا حياتهم عليه، فلم يجد واضع القانون مبررا الآن يزعجهم بإخراج ما فى أيديهم ، وقد أخذوه بمقتضى حق مقرر ثابت بالمعمول به من قبل .

أما الاستحقاق للنقض فمعناه أن التوزيع يسير على نظام ما قبل النقض ، وأن فى أيدى فروع الطبقة السابقة ما بأيديهم ، فيزعجون ويخرج من أيديهم ما فى قبضتها ، وقد جاء القانون لحمايتهم ومنع إخراجهم مما فى أيديهم ،ففى ذلك مناقضة لمقصد القانون ، لأنه إذا كان القانون قد حمى القسمة التى نقضت فى الماضى فلأن ذلك يتفق مع مقصده ، ولا يتفق مقصده وغرضه نقض ما استحق النقض قبل العمل بالقانون ، بل يناقضه ، لأنه إزعاج لمن اطمأنوا وارتضوا .

نقض القسمة فى القانون اللبنانى

٢٧٣ — قد ذكرنا تفسير ذلك الجزء من المادة - ٥٧ - وفصلنا القول فيه ، ورددنا ذلك التفكير الشاذ الغريب - لأن الموضوع لا يزال ينظر فى بعض محاكم الاستئناف بمصر ، ولأن القانون اللبنانى قد اقتبس مسائل نقض القسمة من القانون المصرى فحق علينا أن نبين كل ما يقال حول هذه المسألة .

والقانون اللبنانى قد نص على منع نقض القسمة فى الوقف المرتب الطبقات فى المادة ٤٠ وهذا نصها :

« إذا كان الوقف الذرى مرتب الطبقات لا يحجب الأصل فرع غيره ، ومن مات صرف ما استحقه أو ما كان يستحقه إلى فرعه ، وإذا مات مستحق عن حصته ، وليس له فرع يليه فى الاستحقاق عادت حصته إلى غلة الوقف الذى كان يستحق فيه ، وإذا لم يوجد أحد فى طبقته صرف الريع إلى الطبقات التى تليها إلى أن يوجد أحد من أهل تلك الطبقة فيعود الاستحقاق إليها ، وإذا بطل استحقاق طبقة صرف الريع للطبقة التى تليها » .

نصيب العقيم

٢٧٤ — ذكرنا أن نصيب من يموت يقوم فرعه مقامه، ولكن من يموت من غير ذرية أين يذهب نصيبه ، فنقول إذا كان الوقف غير مرتب الطبقات ، فإن وفاة العقيم لا تغير فى التوزيع إلا أنه ينقص من عدد المستحقين واحد ، وتوزع الغلات على العدد الباقى ، فإذا قال وقفت على أولادى وأولادهم وذريتهم ، ومات أحدهم عقيما ، فإنه ينقص من عدد المستحقين ، كما ينقص عدد المستحقين إذا مات غير عقيم ، لأن كل مولود منسوب له يستحق سواء أكان أصله حيا أم كان ميتا ، إذ الفرع يستحق بالأصالة ، لا بالخلافة ، ولذلك يأخذ مع أصله ولا ينفرد دونه .

٢٧٥ — وإذا كان الوقف مرتب الطبقات ، ومات أحد المستحقين عقيما ، فإنه يكون الأمر على حسب نص الواقف فإذا كان الواقف قد قرر أن نصيبه يكون لطبقته فإنه يكون لطبقته ، وإذا قرر أن نصيبه يكون لأقرب المستحقين إليه طبقة ، فإنه يكون لأقرب الطبقات إليه ، وإذا كان قد قرر أن نصيب العقيم ينتقل إلى من فى طبقته الأقرب فالأقرب، يلاحظ مع الطبقة قرب النسب فإذا كان فى طبقته أخ شقيق ولأب يكون للشقيق ، وإذا كان فى طبقته إخوة لأبيه وابن عمه ، فإنه يكون لابن عمه ، وإذا لم ينص فإن الوقف يكون منقطع الوسط ، وكل هذا مع النص على قيام الفرع مقام الأصل ، فإن لم ينص على قيام الفرع مقام الأصل مع ترتيب الطبقات فإن نصيب العقيم يكون لأهل طبقته ، ولو لم ينص .. هذا إجمال نفصله ونضرب عليه الأمثال مبين له فى الفقه ، وما عدله القانون .

٢٧٦ — إذا كان الوقف مرتب الطبقات ، ولم يذكر الواقف أن نصيب الأصل ينتقل إلى فرعه كأن قال : وقفت هذه العقارات على ذريتى طبقة بعد طبقة وجيلا بعد جيل إلخ ... فإن من يموت عقيما أو غير عقيم يكون نصيبه لأهل طبقته ، ولا يكون لأحد من بعده ، وكذلك الشأن فيمن يموت غير عقيم . واستحقاق الطبقة بالزيادة التى تركها العقيم أو غير العقيم بمقتضى كتاب الوقف ، وكذلك لو قال

وقفت على أولادى ثم أولاد أولادى من غير أن يذكر قيام الفرع مقام أصله ، فإن نصيب العقيم يكون لأهل طبقته .

وهذا فى الفقه ، أما القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ فقد جعل قيام الفرع مقام أصله مفروضا فى كل وقف مرتب الطبقات ولو لم ينص عليه ، وبذلك يكون مرتب الطبقات المنصوص على قيام الفرع مقام أصله ، وغير المنصوص على ذلك سواء ، وذلك ماجاءت به المادة ٣٢ من القانون المذكور وقد بينا ذلك آنفاً ، ونقلنا المذكرة المفسرة لذلك القانون .

وبمقتضى ذلك يكون كل وقف مرتب الطبقات يقوم الفرع فيه مقام الأصل ، ولكن كيف يعود نصيب العقيم إن لم يكن نص ، وقبل أن نتبين ذلك نقرر الأحكام التى ذكرها الفقهاء فى نصيب العقيم ، ثم نطبقها على ماجاء به القانون فيما أتى به نصاً ، وما أتى به ضمناً تطبيقاً لأحكامه ، ولبيان ذلك نأتى بأحكام نصوص الواقفين التى يكثر مجيئها فى أوقافهم ، وها هى ذى .

٢٧٧ — (ا) إذا قال الواقف وقفت على أولادى طبقة بعد طبقة ، وجيلا بعد جيل إلى آخره . على أن من مات عن فرع قام فرعه مقامه فى الدرجة والاستحقاق ، ومن مات عقيما فلإخوته ، فإن لم يكن ، فلأهل طبقته الأقرب فالأقرب ، فإن مات العقيم فإن نصيبه يكون لإخوته وإن لم يكن له إخوة يكون لأهل طبقته ، فيستحق أولاد أعمامه ، وسائر من يكونون فى طبقته ويقدم ابن العم الشقيق على ابن العم لأب . لأن ابن العم الشقيق أقوى قرابة من ابن العم لأب ويقدم ابن العم على ابن العمة . لأن هذا عصبه وذاك من ذوى الأرحام ، ولا يعطى ابن الأخ شيئاً ، ولو كان قائماً مقام أبيه فى الاستحقاق ، لأنه صرح بأن الأقرب يقدم على غيره من أهل الطبقة ، وهذا ليس منها .

٢٧٨ — (ب) وإذا قال الواقف فى صيغته النص الآتى :

« وقفت على ذريتى طبقة بعد طبقة . . . على أن من مات منهم عن ولد

أو ولد ولدقام ولده مقامه فى الدرجة والاستحقاق ، ومن مات قبل استحقاقه وله ولد قام ولده مقام فى الدرحة والاستحقاق ، ومن مات عن غير ولد كان نصيبه لإخوته .

وفى هذه الحال من يموت عن ولد يقوم مقامه ولده إذا كانت وفاته بعد أن استحق والده ، ومن يموت قبل استحقاقه من الوقف كان يموت شخص قبل أن يئول الوقف إلى طبقته ، وكان أصله حيا ، فلم يستحق شيئاً ، فإذا كان له ولد فإن النصيب الذى كان يستحقه والده يئول إليه بمقتضى هذا النص .

ولكن هل يستحق هذا الفرع الذى قام مقام أبيه ، سواء أكان أبوه قد استحق من قبل بالفعل أم لم يستحق ـ من نصيب العقيم[1] الذى توفى ، وكان قد شرط أن نصيبه يعود لإخوته ؟ الجواب أن أولئك الفروع لا يستحقون لأنهم وإن كانوا مستحقين بالفعل لا يسمون إخوة ، فابن الأخ لا يسمى أخا ، وكذلك لا يستحق أبناء عمه أو أبناء عمته . لأنهم لا يسمون إخوة .

وإذا كان قد قال ومن مات عن غير ولد فنصيبه لأهل طبقته ، فإن قال الأقرب فالأقرب لا يستحق أحد من أولاد الإخوة الذين قاموا مقام آبائهم : إذا كما هناك إخوة لأنهم ليسوا أقرب .

الطبقة الجعلية :

٢٧٩ — وإذا لم يقل الأقرب فالأقرب أيستحقون أم لا يستحقون ؟ هنا اختلف الفقهاء فى استحقاقهم ، وهذه تسمى المرتبة الجعلية أتكون مثل المرتبة الحقيقية فى كل ما تستحقه الطبقة الحقيقية ، وسميت الجعلية لأن الطبقة الحقيقية هم الإخوة وأولاد الأعمام والعمات الذين ينتهون إلى الواقف أو إلى المستحق الأول بعدد واحد من الطبقات ، ولكن لما اشترط الواقف أن يقوم الفرع مقام الأصل ، فقد أوجد طبقة باشتراطه وجعله ، وإن لم تكن بمقتضى الحقيقة مساوية للطبقة التى كان فيها أصلها .

واختلاف الفقهاء فى هذه الصورة يتبين فى أن بعض المتأخرين من فقهاء الحنفية وغيرهم من المذاهب الأربعة قال إن الطبقة الجعلية فى هذه الصورة تكون كالطبقة الحقيقية فتستحق من نصيب العقيم كما تستحق الطبقة الحقيقية ، وحجتهم فى ذلك أن الواقف لما عبر بقوله قام مقامه فى الدرجة قد رفعه من مرتبة فى سلسلة النسب إلى من هو أعلى منه ، فيستحق بهذا الارتفاع إلى أقصى مداه ، والعبرة فى الاستحقاق بشروط الواقفين لا بالدرجات الطبيعية ، لأنه جعل الفرع قائما مقام أصله فيما لو كان يأخذه الأصل ، وهو لو بقى حيا لاستحق نصيبه من العقيم ، فيستحق ولده ما يستحقه ، ولأن كلمة الاستحقاق فى عبارة الواقف التى تنص على أنه يقوم مقام أصله فيها عامة تشمل الاستحقاق الواقع والاستحقاق المتوقع ، والتفرقة بينهما تكون من غير مسوغ .

وقد اختار ذلك الرأى السيوطى من الشافعية ، وبعض المالكية والحنابلة . واختاره من فقهاء المذهب الحنفى المقدسى والشرنبلالى وغيرهما .

والرأى الثانى : وهو أن فروع من مات بعد استحقاقه أو قبل استحقاقه - لا يأخذون من نصيب العقيم إذا كان الشرط أن من مات عن غير ولد كان نصيبه لطبقته - وحجته تقوم على أن الطبقة الجعلية لا تعتبر كالطبقة الحقيقية إلا على سبيل الاستثناء ، وما كان على سبيل الاستثناء لا يتوسع فيه ، ولأن غرض الواقف كما يبدو من عبارات الواقفين فى جملة كتب أوقافهم تدل على أنهم يأخذون ما يأخذ آباؤهم بالفعل ، والعبرة فى تفسير كتب الواقفين بالمقاصد التى يقصدون إليها ، ولأن استحقاق الفرع ما كان يستحقه أصله إنما هو استحقاق بالخلافة ، لا بالإصالة ، وما دام بالخلافة عن أبيه لا يستحق إلا ما كان يأخذه أبوه بالفعل ، ولو أخذ من نصيب العقيم لأخذ أكثر من نصيب أبيه ، وهذا مناقض لمعنى الخلافه .

وهذا رأى ابن عابدين مع طائفة من متأخرى المذهب الحنفى .

وكانت المحاكم الشرعية فى الماضى تسير على مقتضى رأى ابن عابدين ،

وما كانت تعطى فرع المتوفى من نصيب من يموت عن غير ولد شيئاً ، وفى السنين الأخيرة من حياة المحاكم الشرعية اتجهت المحكمة العليا إلى رأى المقدسى، وهو إعطاء الفرع من نصيب العقيم .

ويلاحظ أن هذا الخلاف لا يكون إذا كان نص الواقف هكذا :

«من مات عن فرع قام فرعه مقامه ، ومن مات عن غير فرع كان نصيبه لأهل هذا الاستحقاق فى الوقف ، فإنه فى هذه الحال يأخذ فرع المتوفى على أساس أنه من أهل الاستحقاق فى الوقف ، لا بمقتضى الخلافة عن أصله ، إذ اللفظ يشمله .

هذا ويلاحظ أن المرتبة الجعلية تستحق فى صورتين :

إحداهما : إذا نص على أن من مات قبل الاستحقاق قام فرعه مقامه فى الدرجة والاستحقاق ، ومن مات عقيما كان نصيبه لطبقته . والثانية أن يقول ، ومن مات بعد استحقاقه عن فرع قام ولده مقامه فى الدرجة والاستحقاق .

٢٨٠ — (حـ) وإذا وقف الواقف وقفاً مرتب الطبقات ، واشترط أن يكون نصيب العقيم لأقرب الطبقات إليه ، فإنه لا يصرف نصيبه إلا لطبقته إن كان منها أحد ، فإن لم يكن منها أحد فللطبقة التالية لطبقته ، فإن لم يكن فيها أحد فإن الطبقة التى تستحق هى التى تكون أعلى منه فى فرعه الذى يستحق هو من غلته ، ولنضرب لذلك مثلا إذا قال : وقفت على ذريتى طبقة بعد طبقة تحجب الطبقة العليا منهم الطبقة السفلى من نفسها دون غيرها ، ومن مات عن فرع قام فرعه مقامه، ومن مات عقيما فلأقرب الطبقات إليه ، وكانت الشعب التى تعددت فى الطبقات كلها ثلاثا كل شعبة لها أصل تفرعت فروعه ، ومات شخص فى الطبقة الثالثة لهذا الأصل عقيما ، فإن أهل طبقته فى شعبته يستحقون على الخلاف فى مشاركة فروع من توفى من أهل هذه الطبقة عن فروع ، فإن لم يكن من أهل طبقته أحد صرف نصيبه على الطبقة الثانية من شعبته ، فإن لم يكن فللطبقة

الأولى ، فإن لم يكن فلأقرب الطبقات إليه من الشعبتين الأخريين ، فتأخذ الطبقة الثالثة ثم الثانية ثم الأولى ، لأن العبارة تدل على قرب الطبقة لا على قرب القرابة ، ولا شك أن الطبقة التى تقابله هى أقرب الطبقات إليـه .

وبهذا يتبين أن المراد من الطبقة فى قول الواقف من مات عقيما ينتقل نصيبه إلى من هو أقرب طبقة إليه هو طبقة الاستحقاق فى الوقف على حسب النظام الذى رتب الواقف به وقفه فى وثيقته . وليس المراد مجرد القرابة النسبية . ولهذا قالوا لو شرط الواقف أن نصيب من يموت عقيما يكون لأقرب طبقة إليه من المستحقين ، وكان له من المستحقين عمـه وابن عمه ، وابن أخيه ، فإن نصيبه بمقتضى الأحكام الفقهية يكون لابن عمه .

٢٨١ — وهناك وقف يأخذ فى المعنى عدة أوقاف ،وصورته أن يقول هكذا ، « وقفت على أولادى ، ثم من بعد كل منهم على أولاده ، ثم على أولاد أولاده طبقة بعد طبقة على أن من مات ينتقل نصيبه إلى فرعه » . ومن مات عقيما إلى آخره ، فقد قالوا إن هذا من بعض الأحكام يحكم عليه بأنه كأوقاف متعددة فالطبقات تسرى فى كل فرع من فروع الأولاد غير مرتبطة بفرع من فروع الشعبة الأخرى ، لأن كل شعبة وقف مستقل بنفسه ، ولذا لو مات آخر طبقة من شعبة تنتقض القسمة فيها على القول بنقض القسمة ، وعلى النظام الذى تسرى فيه ، ولا تنقض القسمة فى الشعب الآخرى ، وهكذا . . لأن كل شعبة وقف قائم بذاته ينفصل عن الأوقاف الأخرى ، بحيث لا يتأثر وقف بانتهاء الطبقة فى شعبة وتنقض القسمة بانتهائها ، وإن لم تنته فى الشعب الأخرى .

ومع ذلك قرروا أنه إذا كان الوقف على هذا النحو . وقال الواقف بالنسبة لنصيب العقيم أنه إذا قال الواقف بصيغة كل التى تفيد إنشاء وقف متعدد على هذا النحو ، ومن مات عقيما انتقل نصيبه إلى طبقته ، فإنه ينتقل إلى طبقته إذا كانت

من فروع وقف آخر، ما دام ليس فى وقفه من هو فى طبقته ، فإذا قال مثلا وقفت هذا على أولادى ومن بعد كل منهم يكون الوقف على فروعه طبقة بعد طبقة إلى آخر ، ومن مات عن فرع انتقل نصيبه إلى فرعه ، ومن مات عقيما انتقل نصيبه لأقرب طبقة له من أهل هذا الوقف ، فمن مات عقيما يكون نصيبه لأهل طبقته إذا كانت من فرع آخر .

وكان ذلك عمـــلا بقول الواقف ينتقل نصيبه لأقرب الطبقات إليه من أهل الوقف ، لأن كلمة من أهل الوقف تشمل الوقف الكلى الأصلى ، لا الوقوف الفرعية .

٢٨٢ — هذا وإننا نقرب القواعد التى يبنى عليها استحقاق العقيم ، فنلخصها فى قواعد أربع :

الأولى : أن نصيب العقيم يتبع فيه شرط الواقف وصيغته وتعبيره ، فإذا قال نصيبه لإخوته لا يتجاوزهم وإذا قال لأقرب المستحقين إليه لوحظ النسب ، وإذا قال أقرب الطبقات إليه لوحظ قرب الطبقة .

الثانية : أن من يتوفى قبله ، ويئول نصيبه لفروعه قد اختلف الفقهاء فى استحقاق أولئك الفروع فى نصيب أبيهم من عمهم العقيم ، إذا لم يكن نص مانع ، ولا نص مسوغ ، فإذا كان النص المانع لا يستحقون ، فإذا قال لأخوته فإن فروع المتوفى لا يستحقون لأنهم ليسوا إخوة ، والاستحقاق للأخوة فقط ، وإذا كان النص لأهل الاستحقاق فى الوقف فإنهم بلا ريب يستحقون ، لأنهم من أهل هذا الاستحقاق فى الوقف ، فهم داخلون بلا ريب ، وإذا قال لأهل طبقته فذلك هو موضع الخلاف فى الطبقة الجعلية أتكون كالطبقة الحقيقية أم لا ، وقد بينا الخلاف فى ذلك .

الثالثة : أن قرب الاستحقاق إذا اشترط فى نصيب العقيم ، كأن قال نصيب العقيم لأقرب المستحقين إليه ، فإنه يلاحظ الفرع الذى يستحق عنه ، ولا ينظر

إلى الفروع الأخرى ، وإن قال أقرب الطبقات إليه يلاحظ قرب الطبقة ، ولو كان من فروع أخرى إذا لم يكن أحد من فرعه ، بل تستحق الفروع الأخرى لو كان الوقف فى معنى الأوقاف المتعددة وقال من أهل هذا الوقف كما ذكرنا من قبل .

الرابعة : أن نصيب العقيم إذا لم يكن نص على من يستحقه بعده فإنه يصرف للفقراء ، ويكون الوقف منقطع الوسط ولكن لا يوجد وقف منقطع كما نص القانون ، ولذا وجب أن ننظر إلى ما ذكره مصرفا له .

ويلاحظ أنه إن جعل نصيب العقيم على جهة بر اتبع شرطه .

نصيب العقيم فى القانون

٢٨٣ — ولننتقل بعد ذلك إلى ماجاء بالقانون خاصاً بنصيب العقيم . لقد نصت المادة - ٣٣ - على نصيب العقيم فقالت :

مع مراعاة أحكام المادة ١٦ إذا مات مستحق وليس له فرع يليه فى الاستحقاق عاد نصيبه إلى غلة الحصة التى يستحق فيها . وإذا كان الوقف مرتب الطبقات وجعل الواقف نصيب من يموت أو يحرم من الوقف أو يبطل استحقاقه فيه لمن فى طبقته أو لأقرب الطبقات إليه كان نصيبه لمن يكون فى طبقته من أهل الحصة التى كان يستحق فيها » .

ويتمم حكم هذه المادة المادتان ٣٤ ، ٣٥ ونصهما .

مادة ٣٤ — يكون حكم نصيب من حرم من الاستحقاق أو بطل استحقاقه لرده حكم نصيب من مات ويعود إلى المحروم نصيبه متى زال سبب الحرمان .

مادة ٣٥ — إذا كان الوقف مرتب الطبقات ولم يوجد أحد من طبقة منها صرف الريع إلى الطبقة التى تليها إلى أن يكون أحد من أهل تلك الطبقة فيعود الاستحقاق إليها .

هذه عبارات القانون ، ولنتجه إلى المذكرة التفسيرية فى المادة الثالثة والثلاثين والخامسة والثلاثين ،أما الرابعة والثلاثين فهى خاصة بالحرمان من الوقف الذى نظمه القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ وليس هذا موضوعنا الذى نتصدى الآن لشرحه ، وقد زال موضوعه بإلغاء الوقف الأهلى ، وليس له أثر ينظر الآن فى المحاكم ،لأنه واضح بين لا يحتاج إلى بسط ، إذ لا تعقد فيه .

المذكرة التفسيرية :

٢٨٤ — إذا وقف الواقف وقفه على أولاده وذريته ، وكان وقفه غير مرتب الطبقات اشترك فى الاستحقاق جميع الطبقات ، ومن مات منهم عن غير ولد اعتبر

كالمعدوم ، وقسمت الغلة على من عداه ، وليس فى هذه الحال حصص متعددة حتى يقال برجوع نصيبه إلى حصته دون أخرى .

وإذا وقف على أولاده زيد وبكر وعمر وخالد ثم من بعدهم على أولادهم وذريتهم وقفاً مرتب الطبقات فمات ابنه زيد عقيما كان نصيبه منقطع المصرف ويعطى للفقراء ما بقى من إخوته واحد عند الحنفية ، لكن قد عدل عن هذا إلى مذهب المالكية الذى يقضى بعودة نصيبه إلى الباقين فرارا من القول بالانقطاع الذى لا يتفق مع أغراض الواقفين ، ولكون الأحكام مطردة فى هذه الحال يصدق القول بأن نصيبه عاد إلى غلة الحصة التى كان يستحق فيها مع شىء من التسامح دعا إليه الإتيان بعبارة جامعة تتناول كل الصور ، وتتفق مع التحرير القانونى .

وإذا وقف على أولاد ذريته وعقبه وقفاً مرتب الطبقات ، وكان له أولاد أربعة الأسماء الواردة فى الصورة السابقة ، فمات زيد عن أولاده وانتقل نصيبه إليهم بشرط الواقف أو بحكم هذا القانون كان من بينهم أحمد الذى مات عن أولاد من بينهم عائشة التى ماتت عن أولاد منهم إبراهيم . ومات بكر عن أولاد منهم على الذى مات عن أولاد منهم محمد الذى مات عن أولاد منهم فهيمة ، وبقى كل من عمرو وخالد ، وكان يوجد فى كل من الطبقتين الثانية والثالثة من أولاد زيد وأحمد وبكر ، ثم مات إبراهيم بن عائشة وفهيمة بنت محمد عقيمين ، ففى هذه الحال اختلفت آراء المتأخرين من فقهاء الحنفية فى هذا النصيب كما اختلف فيه عمل المحاكم ، وقد اختير أن يعود نصيب فهيمة إلى حصة محمد ، ونصيب إبراهيم إلى حصة عائشة ، ولا شىء لعمر وخالد ، وذرية زيد فى نصيب إبراهيم . ولا لعمرو وخالد وذرية زيد فى نصيب فهيمة ، بل يرجع نصيب إبراهيم إلى غلة الحصة التى يستحق فيها أولاد عائشة خاصة . ونصيب محمد إلى أولاد محمد خاصة ، فإذا لم يكن لعائشة أولاد حين موت إبراهيم عادت حصته إلى حصة أحمد خاصة وإلا عادت إلى أصل غلة الوقف

كله ، ومعنى عودة النصيب إلى الحصة أن تعتبر زيادة فى غلتها ، وتقسم قسمتها .

ومحل القول بعودة نصيب من مات إلى غلة الحصة التى كان يستحق فيها إذا لم يكن الوقف فيها قد انتهى بموت صاحبها طبقا لأحكام المادة رقم ١٦ فإنها لا تعود فى هذه الحال(١) » .

وقد كثر فى الواقفين اشتراط من يموت من غير ولد لاخوته وأخواته المشاركين له فى الدجة والاستحقاق ، فإن لم يكن له إخوة ولا أخوات فلأهل طبقته ، فإن يكن له فى طبقته أحد ، فلأقرب الطبقات إلى المتوفى من أهل هذا الوقف ، وكثيراً ما يكون الوقف بمثابة أوقاف متعددة ، وسيكون الكل كذلك بعد العمل بهذا القانون بمثابة أوقاف متغددة ، ما لم ينص الواقف على خلاف ذلك . وقد اختلفت آراء المحاكم فى المراد من الطبقة هل هى الطبقه الخاصة أو المراد منها ، ما يعم المستحقين فى درجة واحدة من جميع أهل الوقف ، وفى جميع الحصص ، وقد اختير الفهم الأول ، لأنه الأقرب إلى أغراض الواقفين » .

هذا نص المذكرة التفسيرية فيما يتعلق بالمادتين ٣٣ ، ٣٥ ، وقد جاء فى المادة ٥٨ « واستثنى من تطبيق المادة ٣٤ و ٣٥ إذا كان فى كتاب الوقف الصادر قبل العمل بالقانون رقم ١٩٤٨ نص يخالف » .

٢٨٥ — وهذا هو القانون بالنسبة لنصيب العقيم ، ويلاحظ أنه اتجه إلى قواعد أربع بعضها متفق مع ما كان مطبقاً من قبل ، وبعضها يخالف ما كان مطبقاً ، ولكنه يسير على منطق القانون .

الأولى : أنه اعتبر الوقف المرتب الطبقات عــدة أوقاف كتلك

---

(١) المادة ١٦ هى المادة التى تبين انتهاء الوقف الأهلى المؤقت إما بانقراض الموقوف عليهم ، وإما بانتهاء المدة المعينة ، أو انتهاء الطبقتين ، وكذلك ينتهى الوقف فى كل حصة معينة بانتهاء المدة .

الأوقاف القديمة التى كان الواقف يقول فيها وقفت على أولادى ، ثم من بعد كل يكون نصيبه لفرعه . . . وذلك لأنه قرر أن نصيب كل واحد ينتقل إلى فرعه ويتسلسل فى فرعه طبقة بعد طبقة ، وبعد كل فرع يتسلسل فى فروعه ، فيتولد من كل شعبة عدد من الطبقات على حسب الولادة فى كل شعبة ، ويتفرع من الفروع غيرهم ، وكل فرع مهما يتولد يكون وقفاً مستقلا قائما بذاته . وهذا مبدأ أتى به القانون فى كل وقف مرتب الطبقات إلا إذا جاء نص يخالف ذلك فى الأوقاف السابقة ، كأن يكون هناك نص صريح بنقض القسمة عند موت آخر واحد فى أى طبقة .

الثانية : أن نصيب من يموت عقيما يكون لأهل حصته ، أى الطبقة التى تكون فى شعبته التى استحق فيها ، فإن لم يكن أحد من طبقته فى هذه الشعبة حيا ، و لم يكن فرع لواحد من هذه الطبقة فى شعبة انتقل استحقاقه إلى شعبة أخرى هى أقرب الشعب إلى حصته ، ويتسلسل الاستحقاق فى علو إذا لم يوجد أحد فى حصته أو حصته القريبة حتى يصل إلى أصل الغلة فى الوقف إذا لم يكن أحد فى أى طبقة من حصة قريبة ، ولنضرب لذلك المثل الآتى :

واقف وقف على أولاده وقفاً مرتب الطبقات على أولاده

حسين   ابراهيم   على

عليه   محمد   عمر   بكر   عبد الله   أم كلثوم

عائشة   خديجة   حياه

حسين . محمد   فاطمة   طلحة . أحمد

إحسان   زينب . حسن

فإذا مات محمد عقيما كان نصيبه لحسين أخيه وذى طبقته ، وهو من شعبته ، فإن مات حسين قبله عن إحسان فإن نصيبه يكون لاحسان لأنها قائمة مقام أبيها فى حصة أبيها ، ولو كان أبوها حياً لأخذ نصيب أخيه المتوفى عقيما . وإذا مات

أحمد عقيما كان نصيبه لطلحة ، وإذا فرض أنه لا أحد فى هذه الطبقة كأن يموت طلحة وأحمد عقيمين فإن نصيبهما يكون لخديجة إن كانت على قيد الحياة ، فإن لم تكن على قيد الحياة كان النصيب لبكر إن كان حيا . فإن لم يكن على قيد الحياة ، وزع على أصل الغلة فيوزع على أصول ، كل شعبة ثم ينزل إلى كل فرع نصيب أبيه وهكذا يكون التقسيم فى داخل الشعب ، فإن لم يمكن نقل لأقرب الشعب ، فإن لم يمكن كان للأصل .

الثالثة : أن الطبقة فى عرف القانون هى الطبقة فى الشعبة أو فى الحصة كما عبر القانون ،فإذا قال أقرب الطبقات إليه كان المراد أقرب الطبقات فى الحصة ، فالقانون قرر أن الوقف المرتب الطبقات يكون عدة أوقاف تتسلسل منها عدة أوقاف ، فتتعدد الحصص والشعب ، ويكون أهل كل حصة كأنهم وقف مستقل عن باقى الأقسام .

ومع ذلك لم يعتبر الطبقة إلا فى داخل الأقسام ، وخالف بذلك أحكام الفقهاء الذى قرورا أن الأوقاف المتعددة التى اقترن نصيب ذرية الأولاد بلفظ كل ، وهى أن يقول مثلا وقفت على أولادى ثم من بعد كل منهم على أولادهم إلى آخره إذا كان فيها أن نصيب العقيم يكون لأقرب الطبقات من أهل الوقف فإنه يكون لأهل الطبقة فى الوقف كله ، لأن عبارة الواقف تفسر فى موضوع الطبقة بالطبقة كلها لا بشعبة منها ، والقانون فى هذا كان منطقيا مع مبادته ، ومع اعتبار الشعب كأوقاف مستقلة .

الرابعة : أن الطبقة الجعلية ، وهى فرع من يموت ويقوم الفرع مقامه تكون كالطبقة الحقيقية تماماً من كل الوجوه ، وبذلك اختار قول الذين يجعلون المرتبة الجعلية كالمرتبة الحقيقية إلا أن يكون النص فى كتاب الوقف يخالف ذلك . بل إنه اعتبر فروع الولد المتوفين مستحقين لنصيب عمهم العقيم إن لم يكن سواهم .

٢٨٦ — وتطبيق هذه الأحكام الخاصة بنصيب من يموت من غير فرع له إنما تطبق على الأوقاف السابقة إلا إذا كان ثمة نص يخالفها[1]، ولذلك كان تطبيقه بالنسبة لهذا الأوقاف مبنياً على تطبيق القانون فى حال وجود نص من الوقف يمنع تطبيق القانون ، فإن لم يوجد هذا النص تطبق أحكام القانون وحده على النحو الذى شرحناه من قبل .

ولنضرب بعض الأمثلة على أنصبة العقيم التى جاء نص فى كتاب الوقف يخالف ما قرره القانون .

(ا) إذا قال الواقف فى وقف مرتب الطبقات « ومن مات عن فرع قام فرعه مقام فى الدرجة والاستحقاق ، ومن مات عقيما صرف نصيبه من الغلة لمسجد القرية أو للانفاق على مضيفة الواقف ، فإنه يصرف على الجهة ، ولا يذهب إلى طبقته ، ولا إلى أصل الغلة ، ويعتبر الوقف الأصلى قد انتهى عند هذا العقيم بالنسبة لحصته .

(ب) لو قال الواقف فى وقف مرتب الطبقات ؛ ومن مات عن غير ولد كان نصيبه لأولاد الموجودين من أهل طبقته ، فإن نصيبه يكون لهم ، ولا يكون لإخوته شىء من الاستحقاق فى هذه الحصص .

(ح) لو قال الواقف : فى وقف مرتب الطبقات « ومن مات عقيما يكون نصيبه لإخوته الأشقاء دون الإخوة لأب ، ومات وفى حصة الوقف التى يستحق منها إخوة أشقاء وآخرون لأب ، فإن نصيبه يكون للأشقاء دون غيرهم ، ولا يدخل فى النصيب الأخوة لأب ، ولا أولاد الأخوة الأشقاء ، لأن الأولين يخرجون بمقتضى النص ، والآخرون لا ينطبق عليهم وصف الأخوة .

(ء) وإذا قال الواقف فى وقف مرتب الطبقات ، ومن مات عقيما

(١) راجع فى ذلك المادة الثامنة والخمسون .

كان نصيبه لإخوته المشاركين له فى الدرجة والاستحقاق ، فإن لم يكن له إخوة فلطبقته ، فإن لم يكن فلأقرب الطبقات إليه ، فإن الاستحقاق يكون لإخوته إن كان له إخوة ، فإن لم يكن له إخوة يكون لطبقته ، وإن لم يكونوا فى حصته ، لأنه لا يمكن تفسير قول الواقف على أساس أنه أتى بمعنى جديد إلا على ذلك النحو ، لأننا إن فسرنا الطبقة بالطبقة فى الحصة فقط ، ثم ننتقل من بعدها إلى الحصة الأقرب كان فى ذلك إلغاء لعبارة الواقف « وإن لم يكن له إخوة فلطبقته » ولا بد من إعمال كلام الواقف وإبعاده عن اللغو ؛ لأن القانون ما جاء لإبطال كلام الواقف بالنسبة العقيم ، بل جاء لتفسيره بما يتفق مع أغراض الواقفين فى الجملة ، لا بما يخالف نصوصهم التى توضح مقاصدهم وأغراضهم ، وغرض الواقف واضح بين فى هذا فلا يهمل وإن قال إن لم يكن أخوة فلأقرب الطبقات إليه يكون الاستحقاق لأقرب الطبقات فى حصته.

٢٨٧ ــ هذه أقوال الفقهاء بالنسبة لنصيب العقيم قربناها ، وهذا هو القانون قد فصلناه بإيجاز ، وعسى أن يكون ذلك مفيداً لقضاتنا ، والله خير الحاكمين .

الولاية على الوقف

٢٨٨ — يحتاج الموقوف إلى من يقوم برعايته، ويحافظ عليه باصلاح مايتهدم منه أو العمل على كل ما فيه بقاؤه صالحا ناميا، ثم يقوم باستغلاله بكل طرق الاستغلال المشروعة، وانفاق الغلات فى وجوهها، وتوزيعها على مستحقيها، وكل ذلك لا يكون إلا بولاية، قائمة عليه، تتصرف فيه بالمصلحة، وتحفظ أمواله بالأمانة، وتوزعها على أصحابها بالعدالة، ومن الحق علينا أن نتعرض فى بحثنا للمالك الأول لهذه الولاية، وحدودها، ومدى التبعات الواقعة على النظار فى تصرفاتهم، وما يجب أن يتخذ لكى يسلكوا طريق الأمانة، ولا يعدوا سمتها.

وهذه الولاية تثبت أولا للواقف عند أبى يوسف رحمه الله تعالى، فهو المالك الأول لها، وعنه تصدر، واليه تعود، ولا يحتاج ثبوتها له إلى نص عليها فى كتاب الوقف، ولا عند انشائه الشرعى، وبهذا تضافرت عبارات كتب المذهب، فقد جاء فى البحر: «فى الخلاصة قال أبو يوسف، الولاية للواقف، وله أن يعزل القيم فى حياته، وإذا مات الواقف بطلت ولاية القيم» ومثل ذلك فى أمهات كتب الحنفية، ومصادر مذهبهم، وقد استدل لهذا فى الهداية وشراحها.

(ا) بأنه أقرب الناس إلى هذا الواقف، واليه ينسب، فهو أولى الناس بولايته، وأحقهم بادارته وحمايته، ومثله مثل من أعتق عبدا فله ولاؤه، ومن بنى مسجدا للصلاة فهو أحق الناس بعمارته.

(ب) وبأن المتولى الذى يقيمه يستمد منه الولاية فيستحيل ألا تكون له؛ لأن فاقد الشىء لا يعطيه، ولأن يد القيم يده، لأنه مختاره، فهو قائم مقامه، فيده يده، وسلطانه من سلطانه[1].

الولاية إذن ثابتة للواقف، ولو لم ينص عليها، والقيم الذى يقيمه فى حياته

---

(١) راجع الهداية وفتح القدير الجزء الخامس ص ٦١.

وكيل عنه ، له أن يعزله فى أى وقت شاء ، ومتى أراد ، وإذا مات انعزل بموته ، لأن الوكيل ينعزل بموت الموكل ، وهذا إذا لم يوكله فى الحياة ، ويوصى اليه بعد الوفاة ، ومن أوصى إليه ــ له عزله متى أراد ، لأن الموصى له عزل وصيه مادام حيا ، وفى الجملة الولاية والعزل عنها ثابتان للواقف ، ولا يسقط حقه فى الولاية إلا إذا أثبت أنه غير أمين على الوقف ، فإذا ثبت ذلك كان للقاضى أن يمنع يده من الوقف حفظا له ، ورعاية لحق الفقراء وجهات البر التى نص على أن يكون مآل الوقف إليها ، لأن القاضى هو القائم بالولاية العامة التى قوامها رعاية المصالح، ودفع المضار عمن لا يمكنه أن يدفعها بنفسه ، والوقف فى يد الواقف غير المأمون كمال اليتيم فى يد الوصى غير الأمين ، وكما أن للقاضى أن ينزع مال اليتيم من يد الوصى الخائن ، كذلك له أن ينزع الوقف من يد الخائن ولو كان الواقف ، وإذا شرط ألا ينزع منه أو ممن يعينه ولو خان لا يلتفت إلى شرطه ، لأنه شرط ليس فى مصلحة الوقف الأخذ به ، واقرار الخائن ليس من المبادىء الشرعية فى شىء .

ومذهب هلال فى الولاية كمذهب أبى يوسف كما جاء فى أكثر الكتب وكما جاء فى كتابه ، فقد قال الطرسوسى فى فتاويه : « وقال هلال : قلت أرأيت إذا قال أرضى صدقة موقوفة على أن ولايتها إلى فلان بن فلان ؟ قال : الوقف جائز ، والولاية لفلان ، قلت فللواقف أن يليها بنفسه دون فلان الذى شرط له الولاية ؟ قال : نعم . قلت فله اخراج الذى شرط له الولاية من ولاية هذه الصدقة ؟ قال : نعم له اخراجه ، وإنما هو بمنزلة الوكيل ، فله اخراجه كلما بداله[1] » ومنه يفهم أن الولاية ثابتة للواقف ، ولا تذهب عنه صفتها ، ولو أقام غيره ناظرا ، بل لاتنزع إلا إذا صار هو ليس أهلا للولاية ، بثبوت خيانة أو فسق وقد يبقى إذا أمكن دفع شره بضم غيره إليه ، أو بتعيين مشرف عليه.

---

(١) أنفع الوسائل ص ١٢١ :

٢٨٩ — ولم يرد نص صريح يبين حقيقة مذهب محمد ، ولذا اختلفت فى بيانه عبارات الكتب ، ففى الهداية مايفيد أن مذهب محمد أن الولاية له بالشرط ، وان لم يشرطها لم تكن له ولاية ، فقد جاء فيها «وذكر هلال فى وقفه ، أنه قال أقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ولاية ، وان لم يشترط لم تكن له ولاية ، قال مشايخنا الأشبه أن يكون هذا قول محمد ، لأن من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف ، فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه» ، وترى من هذا أن صاحب الهداية يقول عن حكاية هلال عن أقوام بأن الولاية تثبت بالشرط ، بأنها شبيهة بقول محمد ، وقد أيد ذلك صاحب العناية بقوله «والدليل على ذلك ما ذكره محمد فى السير إذا وقف ضيعة ، وأخرجها إلى القيم لا تكون له الولاية بعد ذلك ، إلا أن يشترط الولاية لنفسه ، فى إبتداء الوقوف ، أما إذا لم يشترط فى إبتداء الوقوف فليس ولاية بعد التسليم»[1] .

وعلى هذه الرواية ليس للواقف عزل من ولاه إلا إذا شرط لنفسه حق العزل عند إنشاء الوقف ، لأن الولاية والعزل لا يثبتان له إلا بالشرط ، إذ بعد التسليم قد خلصت العين لله ، ولم يعد له فيها أى حق إلا ما كان تنفيذا لشرط ، وليست هذه نظرة أبى يوسف إلى الولاية ، فإنه يرى أن حق الولاية كحق الولاء فى العتق ، يثبت من غير شرط ومن غير نص .

وجاء فى عبارة بعض الكتب ما يفيد أن مذهب محمد فى الولاية أنها لا تكون للواقف فى أى حال من الأحوال ، بل إنه لو شرط عند إنشاء الوقف أن تكون له ولايته ، كان الوقف والشرط باطلين ، لأنه شرط ينافى التسليم والتسليم شرط فى تمام الوقف ولزومه عند محمد كما بينا ، ولكن أكثر كتب المذهب على الرواية الأولى ، ويؤيدها ما جاء فى السير ، كما علمت ، وقد تساءل بعض الفقهاء كيف يمكن التوفيق بين إجازة أن تكون الولايه للواقف بالشرط

---

(١) الهداية والعناية الجزء الخامس ص ٦٠

وبين شرط التسليم ؟ وقد أجاب عن ذلك كمال الدين بن الهمام فى فتح القدير ، بأن التوفيق ممكن بأحد أمرين : (أولهما) أن يسلم الواقف العين الموقوفة لقيم يقام لأجل التسليم ، وبعد تمام التسليم ، وخلوص العين لله ، وخروجها عن ملك الواقف ، يتولاها بحكم الشرط ، لا باعتبار كونه واقفاً .

(وثانيهما) أنه فى حال إشتراط الولاية لنفسه يسقط شرط تسليم غيره ، لأنه يتولاه حينئذ باعتباره قيما على الوقف بالشرط لا باعتبار كونه واقفاً ، وذلك يغنى عن التسليم لأجنبي ، لأن معنى التسليم فيه ، وحقيقته ثابتة ، والعبرة فى المسائل الفقهية بالمعانى والاعتبارات ، لا بالأمور المادية ، وقد جاء فى الذخيرة والتتمة ما يفيد ذلك[1] ، ويظهر لى أن الجواب الأول أسلم وأقوم ، فإن التسليم إلى القيم يتم به الوقف ، وتخرج به العين عن الملك ، فإذا تولاها بعد ذلك بمقتضى الشرط ، لم تكن ثمة منافاة مطلقاً ، إذ لا يكون هناك فرق بينه وبين سائر القوام الذين يتولون بمقتضى الشرط عند إنشاء الوقف ، لا فى الاعتبار ولا فى التصرف ، لأنهم يتولون تنفيذاً للشرط ، وهم نائبون عن المستحقين عند محمد ، وتصرفاتهم فى دائرة مصلحة الوقف والمستحقين ، وكون المولى هو الواقف لا ينافى هذه الحقائق .

٢٩٠ — والفتوى والعمل على مذهب أبي يوسف ، وهو ظاهر المذهب ، فالولاية ثابتة للواقف من غير نص . على ما هو مذهبه ، وثابتة لمن يقيمه هو بالنص عليه أو بتعريفه تعريفاً تمكن معه معرفته ، كأن يقول لأكبر المستحقين سنا أو للأرشد منهم ، فالولاية لمن عرفه ووصفه ، وليس للقاضى عزل من عينه الواقف من غير خيانة أو فسق . وإذا مات الواقف ، ولم يبين لمن تكون ولاية الوقف ، فالرأى فى الولاية للقاضى الذى جعل له الحاكم ذلك ، لأنه نصب ناظراً لكل من عجز بنفسه عن النظر ، والواقف قد مات ، فهو عاجز عن الإدارة ،

(١) راجع فتح القدير الجزء الخامس ص ٦٠

ومصرف الوقف عاجز عن التصرف فى الوقف لنفسه ، فالرأى فى نصب القيم إذن إليه[١] .

وقد جاء فى أمهات كتب المذهب أن القاضى لا يولى من الأجانب ما وجد فى ولد الواقف وأهل بيته من يصلح لإدارة شئون الوقف ، فإن لم يوجد فيهم من يصلح ، فولى أجنبياً ثم وجد بعد ذلك من يصلح ـ ولاه القاضى وعزل الأجنبى ، وذلك لأن الظاهر من أحوال الواقفين أنهم يريدون أن يكون الوقف منسوباً إليهم ، ومن مقاصدهم أن تكون ولايته لأولادهم وآل بيتهم ، ولأن ولد الواقف وآله أشفق على الوقف ، وأرعى له وأحفظ » .

ولكن هل تولية أحد آل الوقف أو ولده واجبة على القاضى ما داموا صالحين ؟ يميل أكثر الكتاب وأصحاب الفتاوى إلى أن ذلك هو الأفضل وإن كانت ولاية الأجنبى فى هذه الحال جائزة سائغة .

ولذا جاء فى المبسوط فى بيان تولية القاضى ولد الواقف أو أحد آل بيته ان كان يصلح : « أنه بدون الشرط لا يستحق على القاضى أن يفعل ذلك . . . . فاذا ذكر هذا فى كتابه وجب على القاضى مراعاة شرطه ، لقوله تعالى : « فانما اثمه على الذين يبدلونه » . وكونه فى يد ولده إذا كان يصلح لذلك أنفع » ومنه يفهم إذن أن الأنفع ألا يولى إلا من ولد الواقف ، ولو لم يشرط ذلك ، وان ذلك غير مستحق على القاضى ، ولا واجب عليه ، لازم الأداء ، وهذا هو المقبول المعقول ، لأن نظر القاضى للمصلحة . فيجب ألا يقيد تقديره ، مادام لم يكن هناك من شروط الواقف المعتبرة شرعا مايقيده وقد جاء القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ فجعل ذلك واجباً .

٢٩١ ــ مما سبق كله علمنا أن الولاية فى الوقف فى ظاهر مذهب الحنفية للواقف ، ثم لمن يوليه من بعده فان لم يعين أحدا فهى للقاضى . أما مذهب مالك رضى الله عنه ، فقد علمت أنه يشترط الحيازة ، وعلى ذلك لا تضر ولاية الواقف

---

(١) راجع المبسوط الجزء الثانى عشر ص ٤٤

على الوقف ما دامت لا تتنافى مع شرط الحيازة ، ولا يصح أن تبقى هذه الولاية إذا تنافت مع شرط الحيازة .

ولذا إذا كان الوقف على محجوره ، ويده هى يده ، وحيازته هى حيازته لم تكن ولايته الوقف مبطلة له ، ولو اشترط أن تكون الولاية له ، وإن لم يكن الوقف على محجوره . فان استمرت يده على الوقف ، ولم توجد حيازة ، ثم حدث مانع بطل الوقف ، كما لو كانت يده على الوقف من غير شرط الولاية ، إذقد نصت كتب المالكية على أن اشتراط الواقف أن يكون النظر له يبطل الوقف ان حصل مانع لم تتم معه الحيازة ، وان علم القاضى بذلك الشرط قبل وجود المانع ، كان الوقف صحيحاً ، وأجبر الناظر على تسليم الوقف ، لكيلا يودى شرطه إلى بطلان الوقف بحصول مانع يمنع الحيازة[1] ، ومن هذا نفهم أن مالكا يمنع أن يكون الوقف فى يد الواقف ، وتحت ولايته ، خشية أن يؤدى إلى بطلانه بوجود ما يمنع الحيازة[2] .

ولذا جاء فى فتح البارى : « قال ابن بطال : وإنما منع مالك من ذلك (تولى الواقف الوقف) لئلا يصير كأنه وقف على نفسه ، أو يطول العهد ، فينسى الوقف ، أو يفلس الواقف ، فيتصرف فيه لنفسه ، أو يموت فيتصرف فيه ورثته ، وهذا لا يمنع الجواز إذا حصل الأمن من ذلك » . وإذا جمع الواقف بين الولاية له والحيازة من الموقوف عليه أو الناظر الذى يقام لذلك ، فقد روى أن ذلك يصح عند المالكية ، ولذا جاء فى فتح البارى فى حكاية أقوال المالكية فى الولاية أيضاً : « قيل ان دفعه الواقف لغيره ، ليجمع غلته ، ولا يتولى تفرقتها إلا الواقف جاز » .

---

(١) راجع الشرح الصغير الجزء الثانى ص ٢٦٧ .

(٢) تذكر هنا موانع الحيازة المنوه عنها من قبل .

من كل هذه النقول نرى أن مالـكا رضى الله عنه منع الواقف من الولاية بالقدر الذى يتنافى مع الحيازة الصحيحة ، ثم تـكون الولاية لمن يشترط الواقف له الولاية ، ولقد جاء فى مواهب الجليل : « قال ابن عرفه ، والنظر فى الحبس لمن جعله اليه محبسه ... يجعله لمن يثق به فى دينه » . وله ذلك مادام حيا ، ومن يوليه فله عزله واستبدال غيره به فى أى وقت شاء ، جاء فى مواهب الجليل أيضاً : « قال ابن عرفه لو قدم المحبس من رآه لذلك أهلا ، فله عزله واستبداله » لأن حق التولية له ، وان كان قد منع من الولاية بنفسه لمنافاة ذلك لشرط الحيازة . وإذا مات الواقف ، فان كان قد أوصى إلى غيره بالولاية من بعده ، كانت له الولاية ، ولوصيه حق الايصاء لغيره ان جعل له ذلك ، كأن يقول له : « إذا حدث بك الموت فاسنده لمن شئت » فله إذن أن يسنده لمن شاء بعد موته ، ووصى ماله وصى على وقفه ، وان لم ينص على الحبس بالذات ، لما علمت من أن الملك فى الوقف ثابت للواقف ، لا ينفصل عنه عند المالـكية .

وان أغفل الواقف أمر من يتولاه ، فان كان على غير معين ، أو على معين لا يملك أمر نفسه ، فالولاية للقاضى يولى من يشاء ، وإن كان الموقوف عليه معيناً مالـكا أمر نفسه ، فالولاية فى الوقف إليه وإلى من يختاره متولياً على الوقف ، وبهذا جرت عبارات أكثر كتب المذهب المالـكى ، ولذا جاء فى مواهب الجليل « فإن غفل المحبس عن ذلك ، (إقامة ناظر) كان النظر للحاكم . هذا والله أعلم إذا لم يكن الموقوف عليه معيناً مالـكا أمر نفسه ، وأما إن كان مالـكا أمر نفسه ، ولم يول المحبس على حبسه أحداً ، فهو الذى يحوزه ويتولاه ، يدل على ذلك غالب عبارات أهل المذهب فى كتاب الحبس ، وكتاب الصدقة ، وكتاب الهبة من المدونة » وجاء فيه أيضاً : « ومن سماع عيسى مسألة تتعلق بالناظر ، قال فيها إنه لا يوصى بالنظر عند موته ، ولـكن إن كان المحبس حياً ، كان النظر لمن يقدمه ، وإن كان قد مات فإن كان المحبس عليهم كباراً ، أهل رضا تولوا حبسهم بأنفسهم ،

وإلا قدم السلطان من ينظر . . . وفى سماع سحنون مسألة تدل على أن المحبس عليهم إذا كانوا كباراً تولوا حبسهم بأنفسهم »[١] .

من هذا يستبين أن الراجح فى مذهب المالكية أن الولاية تكون للموقوف عليهم أو لمن يختارونه إذا كان الموقوف عليهم معينين ، وكانوا كباراً أهل رضا ، مالكين لأنفسهم إذا لم يبين الواقف من تكون له الولاية .

٢٩٢ — والولاية عند الشافعية لا تثبت للواقف إلا بالشرط عند إنشاء الوقف ، وإن لم يحفظ لنفسه حق الولاية عند الإنشاء ، وجعلها لغيره كانت الولاية لمن شرط له ، فإن لم يجعلها لأحد اختلف فقهاء الشافعية فى ذلك ، ففريق قال إن الولاية للواقف ، لأن النظر يكون له بالشرط ، فإذا لم يشرطه لغيره فهو لم يسقط حقه لأحد ، فيبقى له النظر ، وفريق قال إنه للموقوف عليه ، لأنه صاحب الغلة فهو صاحب الرعاية عليها ، والولاية تابعة لها ، وفريق قال إنها للحاكم ، لأنه يتعلق به حق الموقوف عليه ، وحق من ينتقل إليه الوقف من بعده ، فكان الحاكم أحق بولايته ، لأنه الحافظ لحق كل من لا يستطيع حفظ حقه ، ولأن الولاية على الوقف فى هذه الحال شاغرة ، والحاكم ولى من لا ولى له[٢] ، وقد وجه بعضهم هذه الأقوال الثلاثة بأنها مبنية على الاختلاف فى الملك ، فمن قال إن الملكية فى الوقف لله ، قال إن الولاية عند عدم الشرط تكون للقاضى ، ومن قال إن الملكية باقية للواقف قال أن الولاية تستمر للواقف ، وإن لم يشرطها ، ومن قال أن الملكية للموقوف عليه جعل الولاية له . والأقوال الثلاثة فى الملكية قيلت عند الشافعية[٣] ، وإن كان الراجح هو الأول وهو أن تكون للحاكم أو القاضى .

---

(١) مواهب الجليل الجزء السادس ص ٣٧ .

(٢) ملخص بتوضيح من المهذب الجزء الأول ص ٤٥٢

(٣) راجع الجزء الثالث من شرح المنهج ، وحاشية البجيرمى عليه ص ١٥٩

وإذا كان ذلك الإختلاف مبنياً على الاختلاف فى ملكية الوقف ، والراجح أن الملك لله سبحانه وتعالى ، فالراجح إذن أن الولاية على الوقف عند عدم إشتراطها لأحد تكون للقاضى ، وعلى هذا سارت كتب الشافعية ، فقد جاء فى نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج : « وإن لم يشرطه لأحد ، فالنظر للقاضى ، إذ نظره عام ، فهو أولى من غيره ، ولو واقفا أو موقوفاً عليه ، وإن كان معيناً » .

وليس للواقف عزل الناظر الذى تولى بشرطه ، ما دام لم يشرط الولاية لنفسه ، فإن كان هو الناظر وولى غيره النظر فله عزله ، لأنه وكيل عنه ، والموكل له عزل الوكيل فى أى وقت شاء ، ولكن بعض الشافعية لا يجعل ذلك الحق مطلقاً ، بل يجعله فقط فى الحال التى لا يكون فيها نص من الواقف عند إنشاء الوقف — على التفويض ، أما إذا نص على التفويض كأن يقول إن له حق النظر وأن يسنده لمن يشاء ، فإذا أسنده لغيره ، كان ذلك تفويضاً لا توكيلا ، والتفويض تمليك ، ولا يكون التمليك إلا إذا أسقط حقه فى الولاية ، فهو بمقتضى ذاك التفويض قد أسقط حقه ، والساقط لا يعود ، ولكن السبكى خطأ أصحاب هذا الرأى ، وقال إن من يتولى من جانب الواقف المشروط له النظر سواء أشرط لنفسه حق الاسناد لغيره ، أم لم يشترط ، فهو وكيل ، والموكل يملك عزل الوكيل كلما أراد(١) .

وإذا وازنا بين مذهب الشافعى ، ومذهب مالك رضى الله عنهما نجد كلا منهما قد وسع فى ناحية ، وضيق فى ناحية ، فالشافعى وسع فى ناحية اثبات حق النظر للواقف ، فأجازه له بالشرط . وضيق حق الواقف فى عزل المولى ، فمنعه إلا إذا كان هو ناظرا مولى بالشرط ، ومالك قد ضيق ، فمنع الولاية عن الواقف إلا فى بعض الأحوال ، ووسع فأعطى الواقف حق العزل والتعيين كلما بدا له .

٢٩٣ — ومذهب الامام أحمد رضى عنه يقارب مذهب الشافعية ، فالولاية

---

(١) مأخوذ بتوضيح من نهاية المحتاج الجزء الرابع ص ٢٩٢ .

عنده لمن شرطه الواقف له ، سواء أكان هو أم غيره ، وإذا مات من شرطت له الولاية ، أو لم تشترط لأحد عند الوقف لا تثبت الولاية للواقف فى حال من هذه الأحوال ، إذ الولاية يتبع فى شأنها شرط الواقف المعتبر ، ولا يعتبر من الشروط إلا ما كان عند انشاء الوقف ، ولا يلتفت إلى الشروط التى تشترط بعد ذلك ، وإذا لم يجعل الواقف النظر لأحد عند إنشاء الوقف ، فان كان الوقف على جهة عامة أو على غير محصورين كالمساجد والقناطر والمساكن فالولاية إلى حاكم المسلمين، لأنه ليس له متول معين يشرف عليه ويرعاه ، وللحاكم أن ينيب فيه من شاء ، لأن الحاكم لا يمكنه تولى النظر بنفسه ، لتعدد ما نيط به من واجبات ، وألقى فى عنقه من تكليفات . وان كان الوقف على آدمى معين محصور ، سواء أكان عددا أم واحدا ، فالنظر للموقوف عليه ، لأنه يختص بنفعه ، فكان نظره اليه كملكه المطلق، وقيل إن النظر يكون للحاكم ، والأكثرون على الأول . وان كان الموقوف عليه سفيها ، أو صغيرا ، أو مجنونا قام وليه فى النظر مقامه ، كملكه المطلق(١) .

والفرق الواضح بين مذهب الحنابلة والشافعية رضى الله عنهم هو أن الراجح عند الشافعية عند عدم الشرط أن الولاية تكون للحاكم ، ولو كان الموقوف عليه معينا ، والراجح عند الحنابلة أن الولاية تكون فى هذه الحال للموقوف عليهم . وان تعدد الموقوف عليهم كان كل واحد منهم ناظرا فى حصته يتولاها هو ، ويشرف عليها ، ويستغلها بكل طرق الاستغلال التى أجازها الواقف والمذهب ، ويتحقق ذلك ان كان قابلا للقسمة ، ويمكن الانتفاع به بالوجه الذى بينه الواقف بعد التقسيم انتفاعا كاملا فى كل قسم ، ومكن كل واقف من حصته ، وان لم يمكن التقسيم على هذا الوجه كانت النظارة لهم جميعا مجتمعين ، ليمكن كل واحد من الاشراف على حصته ، ويتولى أمرها بحيث لا يعتدى على غيره ، ولا يضار أحد منهم بسبب اشتراك غيره معه .

---

(١) راجع المغنى الجزء السادس ص ٢٤٢ ، والشرح الكبير الجزء السادس ص ١٢٣ ، وكشاف القناع الجزء الثانى ص ٤٥٦ .

٢٩٤ — ولا شك أن من بين هذه المذاهب ما يصلح بعض ما كان يقع من تنازع مستمر بين المسيطرين على الأوقاف ومستحقيها ، ويقضى على ما كنا نراه من أن الأوقاف قد صارت نهبا مقسما لنظارها ، ولا ينال إلا العفو اليسير مستحقوها ، ولقد صارت إدارة الأوقاف الكبيرة مطمعا لبعض الناس يتناحرون فى سبيلها ، ويتزاحمون بالمناكب للاستيلاء عليها ، لأنهم ينظرون إليها على أنها مغنم يجر الربح الوفير ، وليست عملا له تبعات، قوامها أداء الحقوق لأصحابها، والحفاظ المستمر بأعين ساهرة على أعيان الوقف ، وما يجب لها من اصلاح وعمارة ، وان من يدخل على تلك النية يفسد ولا يصلح ، ويضر ولا ينفع ، ويستفيد ولا يفيد وقديما قال الفقهاء لا يولى نظارة الأوقاف من يبغيها ويطلبها ، كما لا يولى القضاء من يرغب فيه ويسعى اليه، لأن من يتولى راغبا طالبا شهوة المال أو شهوة السلطان تغلب عليه رغبته ، وقد تسيطر عليه شهوته ، ومن تلك الناحية يجيء ضعف الإدارة ، ويجد شيطان الظلم الثغرة التى ينفذ منها إلى العبث والفساد والخراب .

وانا لنجد أن المذهب الذى يذهب ببعض هذا الفساد هو ما رجح عند المالكية ، وعند الحنابلة من أن النظارة تكون للموقوف عليهم إذا كانوا معينين إذا لم يبين الواقف من تكون له الولاية ، فان ذلك يقضى على مطامع بعض الناس فى الأوقاف ، ويقضى على شرة الخلاف الذى يقع بسبب الإدارة ، ويقوم بينهم ولأن المستحقين فى الأوقاف أحفظ الناس لغلاتها، وأرعاهم لثمراتها ،وإذا شعروا بأنهم ذوو السلطان على وقفهم رعوه رعاية الأشخاص لأملاكهم الطليقة ، واستحفظوا عليه استحفاظهم على أشيائهم وما تملك أيديهم ، فيجتهدون فى أن يكون مستمر الإدرار كثير الخيرات ، كما يجتهد من له در البقرة فى إشباعها وإراحتها ، ليدوم له نفعها ، وليكثر حلبها .

وفى جعل الولاية للموقوف عليهم لا يقتطع من الوقف أجر النظر ، وهو فى [illegible] الأحيان ليس قدراً يسيراً يستهان به ، بل هو فى الكثير الغالب سهم

كبير تستشرف له النفوس ، وتتطلع إليه الأنظار ، وتشرئب له الأعناق ، ومن هنا الخطر ، ومن هنا تنبت بذور الشر والخلاف .

وفوق ذلك إذا صارت الادارة للمستحقين يذهب خطر خيانة النظار ، أو احتمال خيانتهم وطمعهم وسوء تدبيرهم ، فإن ما يصل إلى المدين من المال إنما هو ماله ، وهو له ملك حر ، فهو المستحق والمستغل ، وهو صاحب الثمرة ، فلا خيانه ولا إضرار إذا لم يكن أميناً ، أما إذا كان المتولى غير المستحق فلا بد أن يكون أمينا جد أمين ، ولا بد ان يكون عادلا جد عادل ، ودون العثور على هذا الصنف من الرجال ينبت الظهر ، وينقطع الشأو ، والله عليم بذات الصدور .

وقد يقول قائل : أن الولاية إذا كانت للموقوف عليه قد يترتب عليها أن يذهب به فرط حرصه على إدرار العين للغلات أن يتَجه إلى الاستغلال من غير أن يتجه إلى الإصلاح ، فيشتف منها كل ما عساه يكون فيها من خير ، ثم يتركها لمن يخلفه من المستحقين ، وقد صارت خراباً بلقعاً ، أو قاربت ذلك وشارفته .

وذلك قول فيه حق ، ولذلك نرى أنه إذا جعلت إدارة الوقف للمستحقين أن يؤخذ منهم مقدار من المال كل عام ، يقدر بالتعيين ، أو بالنسبة للغلة وما يعود من الوقف ، يكون ذلك لاصلاح أعيان الوقف ، أو يحفظ ليكون وسيلة لحفظ الأعيان ، لما عساه يعرض لها من آفات جائحة أو ضارة . وفى الجملة إنا لنعتقد أن الأخذ بذلك المذهب مع هذا الاحتياط فيه تخفيف فى بعض الأحوال من حدة الخلاف ، وتغليق لأبواب الخيانة على قاصديها ، وتمكين لأصحاب الحقوق من حقوقهم كاملة غير منقوصة . وقد أخذ بذلك القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ، فقرر أنه لا يعين أجنبي ما دام فى المستحقين من يصلحون للنظر . وأجاز قسمة الوقف قسمة لازمة بين المستحقين ليدير كل مستحق قسمه ، و لكن لا تكون هذه القسمة لازمة إذا كان الواقف حياً ، لأن الولاية للواقف مادام حياً كما هو المذهب الحنفى فلا تلزم فى حياته .

التوكيل والتفويض

٢٩٥ — وقبل أن نترك الكلام فيمن له الولاية على الوقف بالاصالة أو بالشرط نتكلم فى نقطة لها صلة بذلك ، وهى حق المولى فى التوكيل والتفويض ولا شك أن الناظر سواء أكان مولى من قبل الواقف أو بمقتضى شرطه ، أم مولى من قبل القاضى له أن يوكل من يشاء فى التصرفات التى يملكها أو فى بعضها ، لأن التوكيل إنابة غيره عنه فيما له حق التصرف فيه ، وهو تصرف غير لازم ، بل جائز ، ولا يسلب الحق عن الأصيل ؛ بل يستمر له ، فليس فى التوكيل مخالفة لتولية من ولاه ، إذ الوكيل يتكلم بلسان الموكل ، وفعله فعله ، وتصرفاته كلها تبعاتها عليه . . .

وإذا وكل ناظر الوقف شخصاً فله عزله فى أى وقت شاء ، وأجرته لاتكون إلا من أجرة الناظر ، وينعزل بموت الناظر أو جنونه ، كما ينعزل بجنونه هو ، أو عزله نفسه ، ولكنه لا ينعزل بعزل الناظر ، إلا إذا علم هو ، كما لا ينعزل بعزله نفسه إلا إذا علم الناظر ، فكل التصرفات التى تقع قبل علم الطرف الآخر تكون سائغة لازمة على ما هو معلوم فى باب الوكالة ، وعلى هذا جرى العمل من قديم الزمان ، ولا نعرف فيه خلافا فى الجملة بين الأئمة رضوان الله تعالى عليهم .

أما التفويض فهو اسناد الناظر ولاية الوقف إلى غيره ، وتفريغ نفسه منها بإقامة هذا الذى أقامه مقامه فى كل ما يملك ، وهو يتصرف فيما كان يتصرف فيه الناظر على وجه الولاية ، لا على وجه الإنابه عمن فوضه ، لأن التفويض يتضمن أمرين : أحدهما عزل الناظر نفسه وتفريغها ، وثانيهما تمليك غيره الولاية على الوقف مستقلا بها .

والتفويض يملكه المتولى أمر الوقف عند الحنفية فى أحوال ثلاث هى :

(ا) إذا أعطاه من ولاه له ذلك الحق سواء أكان الواقف أم القاضى ، بأن جعل له أن يسند النظر لمن يشاء ، أو يفوض لمن يشاء أو يوصى إلى من

شاء ، فإذا جعل له ذلك كان له أن يفوض مطلقا فى حال الصحة وحال المرض لأن ذلك حق له اكتسبه ممن ولاه ، وإذا فرغ نفسه وملك النظر لغيره ، فليس له أن يعزله ويقيم نفسه مقامه ، ويسترد ما كان له ، إلا إذا اشترط الواقف له ذلك ، وجعل له الحق فى أن يفوض لمن يشاء ، ويعزله فى أى وقت ، لأنه لا مشاحة فيما يشترط الواقفون مما له مساغ فى الشريعة ، ولا ضرر فيه .

(ب) إذا كان مولى من قبل الواقف ، ولم يجعل له حق التفويض ، وأراد التفويض ، وهو مريض مرض الموت ، فقد قالوا : إن تفويضه فى هذه الحال يصح ، ويتم من غير إذن القاضى أو تقريره ، وعللوا قولهم هذا بأن التفويض فى المرض ايصاء ، والقيم على الوقف من قبل الواقف كالوصى المختار ، له أن يوصى لغيره بعد وفاته ، وقد اعترض على ذلك التعليل بعض الفقهاء فقال . « إنه قياس مع الفارق لأن كلامنا فى تفويض المتولى ، بمعنى فراغه عن النظر ونزوله عنه لشخص آخر ، لا فى الايصاء لغيره ، حتى يصح القياس على الوصى . وذلك لأن الايصاء هو جعل الإنسان غيره وصيا بعد موته ، والتفويض هو جعل الإنسان غير متوليا فى الحال ، فافترقا ، اهـ ، وقد علق على هذا الاعتراض أستاذنا المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم ، فقال : هذا اعتراض وجيه ، ولكن المنصوص فى المذهب خلافه[1] ونقول إن ذكرهم ذلك فى باب التفويض لا يغير الحقائق الشرعية فلا يجعل الايصاء تفويضاً والحقيقتان متباينتان ، ولذا لا نرى هذا تفويضاً .

(حـ) إذا كان من ولاه لم يأذن له بالتفويض ، ولم يكن هو مريضا مرض الموت وفوض ـ صح تفويضه إذا قرر القاضى من فوض اليه ، فإذا لم يقرر القاضى من فوض اليه لم يصح التفويض ، ولم يصح الفراغ عن النظر ، بل تستمر الولايه له ، ولا يعتبر تفويضه نزولا ، لأنه علق تفريغ نفسه على إقامة من عينه ناظرا ، فما لم يتم التعيين ، تبقى له الولاية .

هذا وللقيم المعين من قبل الواقف أن يوصى لغيره فى أى وقت شاء فى

(١) راجع التزام التبرعات .

الصحة أو المرض ، وتكون وصية لازمة من بعد وفاته ما لم يردها الموصى اليه ، وما لم يكن فى تنفيذها مخالفة لشرط الواقف فى الولاية ، كأن يعين الواقف الوالى من بعد القيم بالشخص أو بالوصف ، فإذا أوصى لغير ذلك المعين كان ايصاؤه باطلا ، فلا يلزم بعد وفاته لأن فيه مخالفة لشرط الواقف .

٢٩٦ — هذا مذهب الحنفية فى التفويض ، وقد بينا فيه أحكام المولى إذا كان غير الواقف ، أما الواقف فقد ألمعنا إلى تفويضه فى أول الولاية [١] .
ومذهب المالكية يجيز للناظر التوكيل فى أى وقت شاء وحيثما أراد ، لأن الوكيل يتصرف بسلطان الموكل كما بينا ، ولكن جاء فى مواهب الجليل أن من ولاه الواقف على وظيفة بأجرة ، فاستناب فيها غيره ، ولم يباشر الوظيفة بنفسه ، فإنه لا يجوز له تناول الأجرة ، وكذلك لا يجوز لنائبه ، لأنه لم يباشر هو الوظيفه بنفسه ، وما عين له لا يستحقه إلا بمباشرته بنفسه ، ولم يعين الواقف النائب فلا يستحق شيئا ، وهذا إذا لم تكن الاستنابة لعذر طارىء مانع ، فإن كانت لذلك جاز المنيب تناول الربع وما يخصه ، وأن يطلق لنائبه ما أحب منه .

وأما التفويض ، وهو تمليك الولاية على ما علمت ، فهو جائز من الواقف فى أى وقت شاء ، وله عزل من يفوض اليه فى أى وقت شاء ، لا يحده ذلك قيد من القيود ، ولا وقت من الأوقات وله أن يوصى لمن شاء بعد موته ، وله أن يعطى من يختار حق الولاية فى حياته ، والإيصاء بعد موته ، فتفويض النظر حق للواقف بكل معانى التفويض ، وما تتسع له من أحكام ، وإن كان هو سليبا من الولاية لايستطيع أن يتولى زمام الوقف بنفسه ، إلا فى أحوال مستثناة والأصل ألا تكون له الولاية .

هذا حق الواقف فى التفويض ، أما حق الناظر الذى ولاه الواقف فى

---

(١) راجع نبذة رقم ٢٨٨ومابعدها ومنها يتبين أن محمدا فى أرجح الروايات عنه يعتبر الواقف كغيرة من الناس لا يثبت له شئ إلا بالاشتراط ، وأما أبو يوسف فيعتبر الواقف المالك الأول للولاية ، وله أن يعين ويعزل فى اى وقت شاء ، لأن من يعينه وكيل فى الحياة ، ووصى بعد الوفاة وكلاهما غير ملزم له بالبقاء .

التفويض ، فليس له هذا الحق إلا بنص من الواقف ، سواء أكان فى حال الصحة أم فى حال من المرض ، وله حق الإيصاء ان أعطاه الواقف ذلك الحق ، وقد رجع المالكية ذلك إلى قاعدة عندهم نص عليها فى باب الأقضية ، وهى أن كل من ملك حقا على وجه يمكن معه عزله منه ، فليس له أن يوصى به ، كالقاضى والوكيل ولو مفوضا ، وخليفة القاضى للأيتام وشبه ذلك [١] ولا شك أن الولى الذى عينه الواقف له عزله فى أى وقت شاء ، ومتى أراد ، فليس له بالبناء على هذه القاعدة أن يوصى إلى غيره .

٢٩٧ — وعند الشافعى للناظر التوكيل وعزل من ولاه فى أى وقت شاء ، أما التفويض فليس له إلا بالنص عليه ، واجازته له عند شرط النظر ، وهكذا كل ما فى معنى التفويض : ومن فوض اليه (ان أجيز له) فليس له أن يعزله ، ولذا جاء فى نهاية المحتاج : « لو شرط النظر لإنسان ، وجعل له أن يسنده لمن شاء فأسنده لآخر ، لم يكن له عزله ولا مشاركته ، ولا يعود النظر اليه بعد موته ، وبنظير ذلك أفتى فقهاء الشام . وعللوه بأن التفويض بمثابة التمليك »[٢] .

وقد نص فى كتب الشافعية على أن الناظر الذى عين عند انشاء الوقف ليس له أن يعزل نفسه ، ولو عزلها لا ينعزل ، لو ملك النظر غيره لم يصح ما لم يرد نص على ذلك ، وقالوا إنه إن عزل نفسه يقيم الحاكم متكلما مدة اعراضه فلو أراد العود لم يحتج إلى تولية جديدة ، وجاء فى حاشية الشبراملسى « ومن عزل نفسه كالو أسقط حقه من النظر لغيره بفراغ له فلا يسقط حقه، ويستنيب القاضى من يباشر عنه فى الوظيفة»[٣] ومن هذا كله ترى أن الشافعية يقيدون نطاق التفويض ، ولا يفتحون الباب على مصراعيه فيه ، وخصوصا فيما كان من الولاية مشروطا عند إنشاء الوقف ، وذلك لأن الواقف ، اختار شخصا ، فيجب أن يمكن

---

(١) مواهب الجليل الجزء السادس ص ٢٢٨

(٢) نهاية المحتاج الجزء الرابع ص ٢٩٢

(٣) الحاشية المذكورة الجزء الرابع ص ٢٨٨

من الولاية ما أمكن اسنادها اليه ، ولا يصح أن يفرض هو إرادته على الوقف فرضا ، فيولى من شاء بتفويض أو غيره ، ما لم ينص له على ذلك .

٢٩٨ — والتفويض عند الحنابلة لا يجوز من الناظر المعين بشرط الواقف أو بتعيين الحاكم إلا إذ شرط له ذلك ومثل التفويض فى ذلك الإيصاء بالنظر لغيره من بعد موته ، أما من يتولى النظر بالأصالة وهو الموقوف عليهم والحاكم ، فهم أولياء على الواقف عند عدم الشرط أصالة من غير نص ، فلهم التفويض فى أى وقت شاءوا ، وعزل من فوضوه فى أى وقت أرادوا ، والفرق بين هؤلاء والمعين بالشرط أن من عين بالشرط يستمد القوة فى الولاية من غيره . ويستفيدها منه ، فلا يملك إلا ما نص عليه ، وما اشترط له ، فما لم ينص من ولاه على التفويض أو الإيصاء لا يصح منه التفويض ، ولا الإيصاء ، أما من يتولى بالأصالة فإنه يتصرف تصرف المالك للولاية من غير تمليك أحد،فأشبه المتصرف فى مال نفسه ، فكان يملك ما يملك هذا . وإن كان الموقوف عليه ناظرا بالشرط استنبط صاحب كشاف القناع أنه يكون كالمتولى بالأصالة ، ولذا جاء فيه : « لو كان الموقوف عليه هو المشروط له. فالأشبه أن له النصب ، لأصالة ولايته، إذ الشرط كالمؤكد لمقتضى الوقف عليه »[1] .

هذا وإذا كنا قد اخترنا الأخذ بالرأى القائل « أن الولاية عند عدم النص تكون للموقوف عليهم المعينين ، فانا نختار معه مذهب الحنابلة الذين يجعلون لهم حق التفويض لغيرهم ، فإنهم قد يتعذر عليهم أن يتولوا بأنفسهم أما لخشية التنازع ، أو لضيق العين ، أو لأنهم عاجزون عن الإدارة لعدم الخبرة ، فإذا اختاروا متفقين من يتولى بالنيابة عنهم،أو بالتفويض منهم، كان اختيارهم صحيحا، وكانت التولية نافذة،ولهم عزله ان وجدوا منه شططا ، أو تجانفا لاثم ، أو خيانة فى أموالهم ، أو اهمالا فى الإدارة ، وهم فى ذلك ذوو سلطة مطلقة ، لأنهم أدرى بمصلحتهم الخاصة ، ولا يصح أن يفرض عليهم ناظر أبدا مادام أحدهم حيا ، ولو

(١) كشف القناع الجزء الثانى ص ٤٥٩ .

كان تعيينه أولا باختيارهم ، فعساهم يكونون قد اختاروه أولا لأمانة وحسن ادارة ظنوهما فيه ، فلما ابتلى بالولاية لم يحسن البلاء ، وقامت عليه الشبه من كل جانب ، وأحاطت به الريب من كل ناحية ، وان عجزوا هم عن اثباتها بين يدى القضاء ، فوجب أن يعزل بإرادتهم كما ولى بإرادتهم .

شروط التولية

٢٩٩ — يشترط الحنفية وغيرهم لصحة التولية سواء أكانت من قبل الواقف أم من قبل القاضى أن يكون المولى بالغاً عاقلا ، فاذا كان مجنوناً عند التولية لم تصح توليته ، وان كان عاقلا ثم جن كانت التولية عند صدورها صحيحة ، وينعزل إن كان الجنون مطبقا ، ولا يعزل إن كان الجنون متقطعا ، وفى حال العزل بالجنون المطبق تعود الولاية بالافاقة إن كان مولى من قبل الواقف ، ولا تعود إن كان مولى من قبل القاضى ، واعادتها بعد العزل فى الحال الأولى إنما كانت لتنفيذ شرط الواقف ما أمكن التنفيذ ، وقد أمكن التنفيذ عند الافاقة ، فوجب التنفيذ .

وإذا كان المولى صغيراً عند التولية ، فالتولية لا تصح إذا كانت من القاضى ، وإذا كانت من الواقف ، فالقياس ألا تصح ، لأن ولاية الوقف للرعاية والنظر ، فلا يقوم بها إلا ذو رشد ، ولأن الصغير لا يمكن من ماله ، فكيف يولى إدارة غيره ، ولأنه قاصر الأهلية أو مسلوبها ، فلا يصح ولياً على غيره ، ولكن الاستحسان أن تنعقد تولية الصغير ، ولاتظهر ثمراتها إلا إذا كبر ، فهى باطلة مادام صغيراً ، وإذا كبر تكون له ، وكان ذلك تنفيذاً لشروط الواقف ما دام فى المستطاع تنفيذها ، من غير ضرر بالوقف والمستحقين ، وأيضاً إذا جازت تولية من لم يوجد ، كأن يقول فى وقفه : الولاية للأرشد فالأرشد ممن يوجد من ذريته ، جاز تولية الصغير بالأولى ، ولا تظهر ثمرتها إلا إذا رشد ويولى القاضى من شاء حتى يكبر .

والحنابلة يجعلون الولى على الوقف إذا استحق الولاية المحجور الموقوف عليه هو ولى هذا المحجور ، فاذا كان الصغير أو المجنون أو السفيه موقوفا عليه واستحق النظر فى الوقف كان النظر لوليه ، ولذا جاء فى الشرح الكبير فى بيان من تكون له الولاية : « فان كان الموقوف عليه صغيراً أو مجنوناً أو سفيهاً قام وليه فى النظر مقامه ، كملكه المطلق »(١) .

٣٠٠ — وقد اتفق الأئمة على لزوم أن يكون المختار من ذوى الكفاية والعدالة ، ولكنهم اختلفوا فى مدى هذا الشرط فى الولاية ، فالحنفية يرونه شرطا للأولوية ، وليس بشرط للصحة ، وحجتهم فى ذلك أن الفسق عندهم لا يمنع صحة التولية القضاء ، فكيف يمنع صحة تولية ناظر الوقف ، والقضاء أشرف منصبا ، وأعظم خطراً ، وأقوى فى حياة المجتمع أثرا ، ولذا جاء فى البحر ما نصه : « وإن الناظر إذا فسق استحق العزل ، ولا ينعزل ، لأن القضاء أشرف من التولية ، والعدالة فيه شرط الأولوية ، حتى يصح تقليد الفاسق ، وإذا فسق القاضى لا ينعزل على الصحيح المفتى به ، فكذا الناظر » ويفهم من عذا إذن أن تولية الفاسق صحيحة ، وأن الناظر لا يعزل بالفسق ، ولكن يجب على من يختار قيما على الوقف أن يختاره من الأمناء العادلين القادرين ، لأن هذه الولاية للنظر ، ورعاية مصلحة الوقف والمستحقين ، وليس من النظر ورعاية المصلحة أن يكون المتولى خائناً غير عادل ، إذ فى توليته تمكين له من الضرر والإيذاء ، ولذا إذا ولاه قاض أو واقف عالماً به كان آثماً بتوليته ، وان كانت التولية صحيحة على ما علمت ، وإن فسق بعد الولاية وجب عزله أو ضم ثقة أمين اليه ان أمكن ، ولا ينعزل بالفسق كما علمت .

ومذهب الشافعية ، أن العدالة شرط لصحة النظر مطلقاً سواء أكان المولى الواقف أم الناظر ، غير أن منهم من تسامح فى العدالة المطلوبة فى المولى من قبل

---

(١) الشرح الكبير الجزء السادس ص ٢١٤

الواقف،فاكتفوا فيه بألا يكون محقق الفسق ، أما المولى من قبل القاضى،فاشترطوا أن يكون محقق العدالة بأن قام الدليل عليها ، وثبتت لدى القاضى براءته من كل ما يفسق ، والأكثرون على أن ذلك النوع من العدالة شرط لصحة تولية المولى من قبل الواقف والقاضى على سواء ، ومثل العدالة فى الاشتراط للصحة الكفاية .

وقد شدد الشافعية فى اشتراط هذه الصفات لأن الناظر فى الوقف ولى على مال غيره ، فاعتبر فى ذلك الاهتداء والكفاية كالوصى والقيم .

ولو فسق الناظر انعزل وصارت الولاية الحاكم ، لأنه صار غير أهل للنظر ، اذ العدالة شرط فى الدوام كما هى شرط فى الابتداء ، واذا عادت العدالة لم يعد معها حق الولاية إن كان مولى من قبل القاضى ، وإن كان مولى من قبل الواقف ، أو بمقتضى شرطه عادت له الولاية ، لأنه إذا كان من قبله لا يجوز لأحد عزله،ولا الاستبدال به ، والفسق العارض مانع من التصرف ،وليس بسالب لأصل الولاية، فاذا ذهب المانع عاد الممنوع ، فتصير الولاية له كاملة ، ولا يمنع من تصرف إذا ثبتت توبته وإنابته ، أو قامت الأدلة على عدالته وأمانته .

٣٠١ — ومذهب الامام أحمد رضى الله عنه أن العدالة ليست بشرط إن كانت النظارة للموقوف عليهم جميعا ، لأنهم الجامعون لغلاتهم، المستحقون لثمرات الوقف ، وقيل يضم ثقة اليهم حفظا لأعيان الوقف ، ومراعاة لحق من يعقبهم من المستحقين من بعدهم،وإذا كانت التولية لغير الموقوف عليهم أو لبعضهم بتولية من حاكم ، أو تفويض من ناظر مشروط له التفويض فلا يصح إلا تولية العدل ، وتولية غيره باطلة ، وإذا ولى وهو عدل ، ثم فسق عزل وأزيلت يده ، وإن كان المولى هو الواقف أو بحسب شرطه كانت التولية صحيحة وضم اليه ثقة مراعاة للمستحقين وحق الوقف الذى يوجب أن يكون متولية أمينا ، وحق الواقف الذى يوجب تنفيذ شروطه ، وقد أجمل ذلك كله المغنى فقال : « ومتى كان النظر للموقوف عليه إما بجعل الواقف ذلك له ، أو لكونه أحق بذلك عند عدم ناظر سواه ، وكان واحدا مكلفا رشيدا فهو أحق بذلك ، رجلا كان أو امرأة ، عدلا

كان أو فاسقا ، لأنه ينظر لنفسه فكان له ذلك فى هذه الأحوال ، كالملك المطلق ، ويحتمل أن يضم إلى الفاسق أمين حفظا لأصل الوقف عن البيع أو الضياع . . . وإن كان النظر لغير الموقوف عليه ، أو لبعض الموقوف عليه بتولية الواقف أو الحاكم لم يجز إلا أن يكون أمينا ، فان لم يكن أمينا ، وكانت توليته من الحاكم لم تصح ، وأزيلت يده ، وان ولاه الواقف ،وهو فاسق ، أو ولاه وهو عدل وصار فاسقا ، ضم اليه أمين ، ليحفظ به الوقف ، ولم تزل يده ، لأنه أمكن الجمع بين الحقين ، ويحتمل ألا تصح توليته وأنه ينعزل إذا فسق فى أثناء ولايته ، لأنها ولاية على حق غيره ، فنافاها الفسق ، كما لو ولاه حاكم ، وكما لو لم يمكن حفظ الوقف منه مع بقاء ولايته على حق غيره ، فانه متى لم يمكن حفظه منه أزيلت ولايته ، فان مراعاة حفظ الوقف أهم من ابقاء ولاية الفاسق عليه » اه بنصه .

٣٠٢ — وإذا كان لنا أن نختار ، فانا نختار مذهب الامام أحمد بن حنبل رضى الله عنه فى هذا المقام ، ولكن لنا رأيا فى تفسير معنى الفسق ، فقد اتفقت كلمة الفقهاء إلا عددا يسيراً جداً على أن معنى الفسق هو الخروج عما أوجبه الدين ، ودعت اليه أوامره ، ونهت عنه نواهيه ، وحثت عليه آدابه السامية . وشرائعه المحكمة ، فكل من ارتكب كبيرة من الكبائر فهو فاسق ، وكل من أحاطت به سيئة من السيئات فهو آثم ، وذلك معنى سام يتفق مع الهدى الكريم ، ونور الذكر الحكيم ، ولكن إن طبقناه على عصرنا تجافى عن التطبيق وعز علينا أن نجد الرجل الذى يكون عدلا أمينا (١) ، ومهتديا متصرفا حكيما ، يجيد التصرف فى شئونه ، بالقدر الذى تهذب به وجدانه الدينى ، وسمت اليه آدابه الإسلامية ، قد عمر عقله العلم بشئون الدنيا ، وتصاريفها ، وأحوالها ، كما عمر قلبه الدين وآدابه العالية ، فان رجلا قد جمع بين هدى الدين ، والعلم بأحوال الدنيا نادر فى عصرنا يحتاج البحث عنه إلى مثل مصباح ديوجنس الذى كان يبحث به عن

(١) خصوصا على مذهب الشافعى الذى يشترط لصحة الولاية العدالة الباطنة .

الرجل . ان الرجال عندنا ثلاثة رجل حائر قد انغمر فى الموبقات ، وأحاطت به الخطيئات ، وأوغل فى الآثام ، ورجل قد هذب الدين قلبه ، وقد تأدب بآدابه ، وسلك مسالكه ، ولكنه غير أريب فى شئون الدنيا ، غير خبير فى معاملات الناس ، قد يغش فى البياعات ، ويخدع فى التصرفات ، ومثل هذا لا يستطيع أن يدير ماله الخاص على الوجه الأمثل ، فكيف يدير مال الوقف على سنن قويم ، وطريق مستقيم ، وان مثل هذا لا يخشى على الوقف من ذمته ، ولكن يخشى عليه من آرائه فى إدارة الأوقاف وتصرفاته فيها ، ورجل ثالث أمين فى المال ، عدل فى كل مايتعلق به ، لا يمد يده إلى مال غيره ، ويرعى الأمانة حق رعايتها ، ولكنه يرتكب بعض مانهى عنه الدين ، ويقع فى بعض ماحظره عليه الشرع الحنيف وهو عليم بشئون الدنيا ، خبير بأحوال الحياة ، يعرف كيف يدير الأموال ، ومثل هذا قد يكون من حظ بعض الأوقاف أن يكون فى إدارتها ، يستفيد من أمانته المالية وحسن إدارته ، ولا يضره ما قد يقع فيه مما حظره الدين ، ومنعه الشرع الحكيم . فلا مانع من أن يكون هذا مولى من قبل القاضى أو الواقف على الأوقاف ، وقد رأينا فى تقرير الرافعى ما يفيد أن بعض الفقهاء يفسر الفسق هنا بأن يكون الرجل « متهما مخوفا منه على المال ، لأنه قد يفسق فى الأفعال ، ويكون أمينا فى المال »(١) . وذلك رأى له وجهته ، وله أدلته من أحوال النفوس ، فإن الضمير الإنسانى له نواح مختلفة ، فمن الناس من يستهين ببعض الموبقات ، ولا يتحرك لها ضميره المستيقظ ونفسه اللوامة ، وإذا قدم على أمور أخرى أرهف لها وجدانه ، واستيقظ لها ضميره ، وفعل فى نفسه مثل ما تفعله النصال تحز فى القلوب ، والجمار تكوى بها الجلود ، ومن الناس من استنام ضميرهم الدينى ، فغفلوا عن بعض ما أمرهم به الدين ، ولكنهم لا يكذبون ولا يخونون ، وقد كان فى جاهلية الأمم ، وعلى فترة من الرسل من يرعون الأمانات ، ويفدونها

---

(١) تقرير الرافعى على حاشية ابن عابدين الجزء الثانى ٨٤

حتى بفلذات أكبادهم ، وهم يعبدون الأوثان أو النيران .

لمحة تاريخية

لهذا كله نرى ما يراه أحمد من أن الحاكم لا يصح أن يولى فاسقاً ، ونفسر الفسق بأن يكون متهما مخوفاً على المال فقط .

٣٠٣ — ولنترك الآن الفقه والفقهاء والسابقين، لننظر فيما كان يجرى فى إقامة النظار وعزلهم فى فى المحاكم الشرعية ابان وجودها ، فنقول إن الناظر المختار بمقتضى شرط الواقف يمكن من الولاية ، ولا يوجد ما يمنعه من التمكن منها ، وان حيل بينه وبين الواقف بالغلب والقهر استعان بالحاكم ليمنع يد الغالب ، ويدفع قوة القاهر ، ولا خلاف فى ذلك ، وإن تنازع عدد من الرجال فى استحقاقهم النظر كأن يكون الوصف الذى ذكره الواقف يدعى كل أنه ينطبق عليه ، بأن يقول الواقف فى وقفه مثلا الولاية للأرشد فالأرشد من ذريتى ، فكل يدعى الأرشدية ، كان الأمر للمحاكم الشرعية ، فتمكن من يثبت لديها أنه أرشد ، لأن ذلك يتعلق بالأهلية ، وإثبات الأهلية من اختصاصها ، ومثل ذلك أن يدعى كل أنه المشروط له النظر ويقدم إشهادا شرعياً بذلك ، وقد تعددت الاشهادات ، فيكون الفصل فى ذلك للقضاء الشرعى ، وفى الجملة الفصل فى أمر شروط الوقف التى نص عليها فى كتاب الوقف أو فى الإشهادات اللاحقة له كان منوطا بالقضاء الشرعى، فكل نزاع فى النظارة قوامه اشتراط الواقف يفصل فيه القضاء بما يراه يتفق مع نصوص الشريعة والواقفين ، ولا يكون ذلك تغبينا من القضاء الشرعى ، بل يكون تمكينا ، لأن قوامه تعرف مدى شرط الواقف فى النظارة ، ومقدار تحققه عند المتنازعين ، والحكم لمن كان أقرب بالحق رحماً ، ومما لا خلاف فيه أن مسألة استحقاق النظر المشروط ، وتحقق الأوصاف اللازم تحققها فى متولى الأوقاف من شأن القضاء الشرعى من غير ريب .

أما تولية النظار الذين لا يعينون بمقتضى شرط الواقف فليس حق القاضى

الشرعى فيه مطلقا ، فقد القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ أن القاضى الشرعى لا بد له من مخاطبة وزارة الأوقاف قبل أن يبت التعيين ، ونصت المادة ٣٦٦ منها على ذلك ، فقد جاء فيها : « ولا تقبل المحاكم الشرعية شيئا من عقود الإبدال والاستبدال والاحتكار والخلو وبيع الأنقاض والاستدانة مما يتعلق بالأوقاف الأهلية ، أو الخيرية ، ولا تقيم نظاراً عليها بغير شرط الواقف ، ولا تعزلهم إلا بعد مخابرة وزارة الأوقاف ، وورود إفادتها ، أو مضى خمسة عشر يوما من تاريخ المخابرة » ، وقد يقيم القاضى وزارة الأوقاف ناظراً ، وربما يقيم غيرها ، غير أنها على كل حال هى التى تتولى إدارة كل وقف ليس له ناظر ، إما لوفاة ناظره أو لنزاع قام بين مستحق النظر ، وتستمر لها ولاية النظر ، حتى يقيم القضاء الشرعى ناظراً ، أو يفصل فى النزاع ، ويمكن أحد المتنازعين من الولاية .

وعند عزل النظار لا تسير هيئة التصرفات فى اجراءاتها إلا بعد أن تخاطب وزارة الأوقاف ، وتتريث منتظرة إجابها خمسة عشر يوما ، كما تدل على ذلك نصوص المادة التى نقلناها .

٣٠٤ — والهيئة التى كانت هى المختصة بعزل النظار واقامتهم هى هيئة التصرفات ، لا الهيئة القضائية فى المحكمة ، وقد كان العمل فى لائحة ١٩١٠ يسير على جعل إقامة النظار من اختصاص هيئة التصرفات ، والعزل من اختصاص الهيئة القضائية ، بعد أن تأذن هيئة التصرفات بالخصومات ؛ فرئى تسهيلا للاجراءات أن تختص هيئة التصرفات بالاثنين ، وبذلك جاء القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية بشأن تعديل ذلك الجزء : « قد كان عزل النظار من خصائص المحكمة القضائية ؛ وجرى العمل على أن يطلب من هيئة التصرفات الاذن بالخصومة لرفع دعوى العزل ، فاذا صدر الاذن ترفع الدعوى بطلب العزل إلى المحكمة القضائية ، فاذا صدر الحكم بالعزل ، أو بضم ناظر آخر إليه ، يطلب بعد ذلك إلى هيئة التصرفات إقامة ناظر أو ضم ناظر آخر . وفى هذه المراحل كثيراً ما يطرح النزاع على محكمة الاستئناف ، أو يعاد نظره فى المعارضة أو الالتماس ، فيطول بذلك

أمد التقاضى ، وتمتد يد الفساد إلى الوقف ، وتضيع على المستحقين ثمراته ، ويكابد المدعى من المشاق مالا يحتمل، وكان قدرنى معالجة هذه الحال التى عمت منها الشكوى بتوحيد جهة القضاء التى تفصل فى الموضوع كاملا ، فأعطى لهيئة التصرفات التى كانت تأذن بالخصومة ، وتعين الناظر حق عزل الناظر أيضا ، إذ ليس فى ذلك ضرر ، ولا إضاعة لحق ، فهيئة التصرفات هى بنفسها هيئة المحكمة ، والإجراءات التى كانت المحكمة تتبعها تتبع بعينها لدى هيئة التصرفات، وطرق إثبات موجبات العزل واحدة . ومن المصلحة أن ينظر طلب العزل أمام هيئة التصرفات ، لأن أكثر ما يبنى عليه هذا الطلب يتعلق بأمور شخصية يحسن ألا ينظر فى جلسة علنية »

ولما صارت هيئة التصرفات مختصة بالعزل ، كان من الضرورى إذن ليكون فصلها قائما على أساس من العدل أن يعلن الناظر المتهم ليستمع إلى حججه ، ويدلى بدفاعه ، ولقد صارت قراراتها فى العزل قابلة للمعارضة والاستئناف مع أن قراراتها فى غير العزل غير قابلة للمعارضة أصلا .

١١٣ — ولو أردنا أن نطبق القواعد الفقهية على ما رأيناه قد أعطى للقضاء الشرعى من حق إقامة النظار وعزلهم ، لوجدنا أن سلطانه فى ذلك لم يكن كاملا ، فبجواره وزارة الأوقاف لها حظ من ذلك السلطان معلوم ، إذ أنه من المقرر فقهياً أن حق النظر فى الأوقاف التى لا يوجد للواقف شرط للنظر فيها يكون للحاكم ، ومن ينيبه الحاكم ، ولم ينب ولى الأمر فى الدولة المصرية القضاء الشرى فى ذلك إنابة تامة ، بل قد جعل لوزارة الأوقاف سلطانا بجواره . والفقه الإسلامى يجعل سلطان القضاء غير محدود فيما يتعلق بالعزل وكان فى جعل وزارة الأوقاف فى الأحوال التى لها الولاية فيها ناظرا غير قابل للعزل حد من ذلك السلطان ، وكف له . وبينما نجد تلك القوة لوزارة الأوقاف بجوار القضاء ، كنا نرى عليها واجبات كل النظار وحقوقهم ، وما كان منها لا يجوز إلا بعد إذن القاضى الشرعى لا يجوز منها أيضا إلا بعد ذلك الإذن ، فالاستبدال مثلا كان لا يجوز منها

إلا بعد موافقة القضاء الشرعى عليـه ، بل هو الذى يتولى البيع ، إن لم يكن الاستبدال بشرط الواقف .

ومن أجل هذا كله قلنا ان هناك سلطانا لوزارة الأوقاف بجوار سلطان القضاء الشرعى ، وإنه موضع اختلاف فى مقدار مداه وقوته ، من منذ أن كانت ديوانا إلى أن صارت وزارة ، لها وزير يجلس فى مجلس الوزراء .

ومن أجل أن نعرف مقدار قوتها على التحقيق نرجع خطوة إلى الوراء نستطلع بها أمر هذه الوازارة يوم أن كانت ديوانا . ونتعرف مدى سلطانها ، ثم ننظر نظارة تاريخية ، غير متعرضين لتفصيلها ، بل نمر بها إلماما .

٣٠٦ — إن ديوان الأوقاف قديم فى التاريخ الإسلامى بقدمها ، موغل فى العصور الخوالى إيغالها ، وقد ألمعنا إلى ذلك ، فقد علمت أن توبة بن نمر قاضى مصر فى زمن هشام بن عبد الملك قد أنشىء لها ديواناً تحت إشرافه ، ولم يمت حتى صار ديواناً عظيما . وعلمت أن ذلك الديوان صار ذا ثلاث شعب فى عهد الفاطميين[1] . ديوان لأحباس المساجد ، وديوان لأحباس الحرمين وجهات البر المختلفة ، وديوان للأوقاف الأهلية ، وكل ذلك تحت سلطان القضاء ، وقد استمرت تلك الدواوين فى عصر المماليك ، وكانت تابعة لأحوال الدولة فى نظامها ، فاذا كان الحكم منتظما ثابتاً قوى الأركان كان لها شىء من النظام ، وإذا كانت شئون الحكم مضطربة عراها أيضا ذلك الاضطراب ، ولقد كان الحكم فى أكثر عهد دولة المماليك الثانية اضطراباً دائماً لا استقرار معه ، واستمر الامر كذلك بعد الفتح العثمانى . فلما جاء محمد على وقد كانت الأوقاف مهملة لا نظام لها ، متروكة فى أيدى نظارها يتصرفون فيها عيثاً وغلة كما يشاءون ، جمع أوقاف المساجد وجهات البر ، وجعلها تحت سلطانه وأصدر أمراً فى سنة ١٢٥١ بانشاء ديوان لها

---

(١) لما كانت لائحة سنة ١٨٩٥ أول تنظيم قانون لديوان الأوقاف اعتبرناها انشاء للديوان ، لأن ماسبقها كان غير مبنى على قانون منظم .

ثم ألغاه بعد ذلك . وفى سنة ١٢٦٧ هـ أعاده المرحوم عباس الأول ، وجعل اختصاصه محاسبة نظار الأوقاف الخيرية ، على أن تقوم الحكومة بجميع نفقات الديوان من أداء مرتبات المستخدمين وغيرها ، وذلك ليكون تنفيذ شروط الواقفين على الوجه الأكمل ، ولكيلا ينفق شىء من إيرادات الأوقاف فى غير الوجوه التى عينها الواقفون ، فكان عمل الديوان إذن حسبيا صرفا يؤدى الأمر حسبة ، حفاظا للأوقاف ، وتنفيذاً للأحكام الشريعة فى شأنها ، ثم أحيلت عليه فى سنة ١٢٧٥ ادارة أوقاف أخرى، والقيام عليها ورعايتها ، وقام هو فيها بعمل النظار، ولم يعد عمله مقصوراً على محاسبة النظار ، ولذا أنشئت له خزينة خاصة ، وصدر أمر فى سنة ١٢٧٦ هـ بأن يؤدى مرتبات مستخدميه مما تحت يده من موارد الأوقاف ، على أن تسددها إليه وزارة المالية بعد ذلك ، وفى سنة ١٢٨٠ صدر أمر المغفور له الخديو اسماعيل بأن تقوم الحكومة بنصف المرتبات ، ويؤدى النصف الثانى من موارد الأوقاف ، ولقد أخذت الأوقاف تضاف إليه تترى ، وقفاً بعد وقف ، حتى تجاوزت المائة من الأوقاف ذات المساحة الواسعة ، والغلات الوافرة ، والخير الكثير .

وفى سنة ١٨٩٥ ميلادية وضعت لديوان الأوقاف لائحة إجراءات صدر بها أمر عال ، قضت بأن يوضع للأوقاف ميزانية منتظمة على الطريقة التى تسير عليها الحكومة فى ميزانيتها .

وقد كان لكل وقف من الأوقاف التى يديرها الديوان حساب قائم بذاته له إيراداته ، وعليه نفقاته ، فلم يتمكن الديوان من سد مايظهر من العجز فى الأوقاف الفقيرة بما يفضل من الأوقاف الغنية ، وذلك أدنى إلى الفقه وأقرب إلى الشريعة ، بل هو حكمها المنصوص عليه عند أكثر أئمة الفقه الاسلامى ، إذ قد قالت كثرتهم انه لا يصرف فاضل أحد الوقفين فى مصرف وقف آخر ، إلا إذا اتحدت الجهة ، ولكن قد صدرت فى نوفمبر سنة ١٨٩٦ ارادة سنيه باتباع طريقة رئى من الصالح

اتباعها ، وهى أن الأوقاف الخيرية تقسم أقساما بحسب وجوه صرفها ، وأن ما يزيد فى إيرادات تلك الأقسام عن نفقاتها بعد وفاء ما يظهر من العجز فى أى قسم منها يتكون منه مال احتياطى لا يمكن التصرف فيه إلا بأمر عال بعد أخذ رأى مجلس الإدارة ، أو المجلس الأعلى حسب الأحوال ، واستثنيت من ذلك أوقاف الحرمين الشريفين .

ومهما يكن من شئ فلائحة سنة ١٨٩٥ تبين مركز ديوان الأوقاف ، وسلطانه ، وقد ذكرت أنه فيما يتولى من أعمال يستمد قوته من القضاء الشرعى ، فهو معين من قبله ، وليس معيناً من قبل ولى الأمر رأساً ، وقد صرحت بذلك المادة الأولى وهذا نصها : « يختص ديوان الأوقاف بإدارة الأوقاف الآتية بعد إقامته ناظرا عليها من قبل القاضى الشرعى ، أو بتوكيل من ناظر الوقف على ماهو مبين بالفقرة الخامسة من هذه المادة :

(أولا) الأوقاف التى آلت أو تئول للخيرات ، وليس النظر مشروطا فيها لأحد ، سواء أكانت أطيانا أو مرتبات أو أماكن ، أو غيرها

(ثانيا) الأوقاف التى لا يعلم لها جهة استحقاق بمقتضى شرط الواقف ، ولا من يستحق النظر عليها.

(ثالثا) الأوقاف التى يرى القضاة الشرعيون إحالتها على ديوان الأوقاف مؤقتاً بسبب من الأسباب، بضم مديره مع الناظر ناظرا على الوقف، أو بتعيينه ناظرا مؤقتا

(رابعا) الأوقاف التى يقام عليها الديوان حارسا قضائياً ، بعد إقامة القاضى الشرعى لمدير الأوقاف ناظرا مؤقتاً عليها .

(خامسا) الأوقاف التى يرغب جميع مستحقيها مع الناظر إحالتها على الديوان ، بعد توكيل الناظر لمدير الوقف .

٣٠٧ — من هذه المادة يفهم إذن أن ديوان الأوقاف كان لا يستمد سلطته إلا من القضاء الشرعى ، والقضاء الشرعى بمقتضى هذه التولية له الهيمنة عليه ،

ولذلك اعترض على تحويله سنة ١٩١٣ وزارة رجالات من أكبر رجال الاشتراع وأعظمهم فكرا، وكانت (الجمعية التشريعية) ميدانا للمصاولة البيانية لرجلين من فحول القضاء والقانون أحدهما المغفور له سعد زغلول، وكان وكيلا منتخبا للجمعية، وثانيهما المغفور له حسين رشدى، وكان رئيساً للنظار ولننقل للقارىء الكريم جملا من تلك الخطب:

قال سعد : ان مصلحة الأوقاف مجموعة مصالح بر مخصوصة ، ذات أموال مخصوصة ، وقفها أصحابها على الاحسان والخيرات ، فهى ليست مصلحة أميرية ، وموظفوها ليسوا موظفين عموميين ، بل خصوصيون ، وولاية الجناب العالى عليها ليست بصفته حاكما ، ولكن بصفته مولى من قبل القاضى .

فقال رشدى هو مولى عليها لأنه الحاكم . قال سعد: القاضى يوليه عليها ليتصرف بسلطة خاصة يستمدها من القاضى ، لا من نفسه ، بحيث لو لم يقمه القاضى ناظرا لا يمكنه أن يباشر عملا فيها . فقال رشدى : القاضى الذى لا يقيمه يعزل ، فالجناب العالى مولى على الأوقاف باعتباره حاكم البلاد ، وصدور قرار القاضى ، إنما هو للمحافظة على الأشكال الشرعية .

قال سعد : يمكنكم أن تعزلوه بالقوة ، أما نحن الآن ، فإننا نتكلم بالقانون، ولذلك فالقاضى يصدر دائماً قرارات التولية فى كل الأوقاف الخيرية، فسلطته فى ذلك سلطة حقيقية لا ينازعه فيها أحد ، فالجناب العالى بصفته مستمدا هذه الولاية من القاضى لا يمكنه أن يحول وظيفة خصوصية إلى وظيفة عموميه ، إنما يمكنه أن يفعل ذلك بصفته حاكما ، وليست ولايته على الأوقاف بهذه الصفة الأخيرة له[1] .

كانت النظرية الفقهية والوضع القانونى لوزارة الأوقاف إذن أنها ناظر معين من قبل القاضى الشرعى ، وأنه يستمد قوته منه ، وقد كان يقوى هذه النظرية السيادة التى كانت للدولة العثمانية على مصر ، وتولية آل عثمان قاضيا شرعياً عليها

---

(١) مأخوذ هذا الكلام من مضبطة الجمعية التشريعية فى الجلسة المتممة للثلاثين ص ٤٨٢ ، ٤٨٣ .

من قبلهم ، وإن كان ذلك القاضى قد أخذت سلطته تضعف شيئاً فشيئا ، حتى كادت تصبح قبيل الحرب الكبرى الأولى أمرا شكليا صرفا ، وأصبحت كالأعضاء التى تعطلت أعمالها ، وصار وجودها فقط مقصورا على الدلالة على ما كان لها من عمل.

٣٠٨ — ولذلك بعد أن ألغيت السيادة التركية ، وصار ولى الأمر فى مصر لا يستمد الولاية من الدولة العثمانية ، كان هو الحاكم الذى له الولاية الأولى على كل الأوقاف التى ليس لها نظار من قبل الواقفين ، وله ذلك بمقتضى كونه حاكما ، لا بمقتضى كونه مولى من قبل القاضى الشرعى ، بل انه هو الذى يعطى القاضى الشرعى حق إقامة النظار من غير شروط الواقفين ، على ماعلمت من أحكام ذلك فى الفقه ، ولذلك صدر أمر كريم من صاحب العظمة سلطان مصر بتاريخ ٢٠ يونيه سنة ١٩١٥ بأن إقامة وزير الأوقاف ناظرا على الأوقاف التى تحال على وزارة الأوقاف مؤقتا حتى يثبت استحقاق النظر عليها بمقتضى شرط الواقف ، لاحاجة فيه إلى إقامة المحكمة الشرعية ، ووزع منشور بذلك على المحاكم الشرعية ، وقد جاء فى ذلك المنشور : « اقتضت إرادة حضرة صاحب العظمة سلطان مصر ، بما لعظمته من الولاية العامة الشرعية إقامة صاحب المعالى وزير الأوقاف ناظرا مؤقتا على الأوقاف المحالة إرادتها على وزارة الأوقاف مؤقتا ، حتى يثبت استحقاق النظر عليها لمن يستحقه بمقتضى شروط واقفيها ، سواء أكانت إقامة معاليه على وجه الاستقلال ، أو بالانضمام لناظر الوقف الأصلى ، أو لناظر أجنبى بدون أن يكون هناك حاجة لإقامة معاليه من المحكمة الشرعية » .

ومن هذا نرى أن حق الحاكم فى الولاية ثابت له بمقتضى الولاية العامة الشرعية ، وإنه بمقتضى هذا الحق قد أقام وزير الأوقاف ناظراً مؤقتاً فى كل الأوقاف التى لا ناظر لها ، وان الوزارة لا تأخذ ذلك الحق من القضاء ، بل تأخذه من صاحبه رأساً ، فولى الأمر إذن قد أعطى حق التولية للقاضى الشرعى ، واستثنى من ذلك إقامة وزير الأوقاف ناظراً على مايعهد إليه من أوقاف ، وقد أبقى ولى الأمر الولاية له كاملة فى نوع من الأوقاف من غير أن يعطيها لأحد ، أو يفوض لأحد

أمرها ، وهى الأوقاف الخيرية التى ليس لها ناظر معين بمقتضى شرط الواقف ، فليس لوزير الأوقاف عليها ولاية إلا بوكالة حقيقية يعطيها ولى الأمر لكل وزير أوقاف يعين من جديد .

٣٠٩ — وكون وزارة الأوقاف تتولى شأن بعض الأوقاف الأهلية من غير حاجة إلى تعيين من المحكمة جعل سلطان الحاكم عليها ضعيفاً إبان ذلك ، وليس قوياً كسلطانه على كل ناظر ، ولو كان مولى بمقتضى شرط الواقف، لأن القاضى له عزل الناظر الذى ولاه الواقف، أو ولاه هو ، إذا تبين له أنه أهمل أمر الوقف ، أو أداره إدارة تضر بمصلحة الوقف والمستحقين ، وله ضم ثقة قادر إليه ، إن لم يكن الأمر موجباً للعزل، أو كان فى الضم منع لوقوع مثل هذا فى القابل ، بينما القاضى الشرعى لا يفعل شيئاً من ذلك بالنسبة لوزارة الأوقاف ، لأنها فى بعض الأوقاف تتولى بمقتضى القانون ، كما ملك هو حق الولاية والعزل بمقتضى القانون والفقه ، ولم يعطه قانون ما حق عزلها ، إذا ثبت الإهمال عليها .

وكنا إبان ذلك نرى أنه يجب ألا تتولى الوزارة على أى وقف إلا بتعيين القاضى الشرعى ، وأن المستحقين فى الأوقاف التى تحت إشرافها من حقهم إثبات الإهمال عليها ، ومن حق القضاء أن يعزلها من كل وقف ثبت إهمالها فيه(١) ، وكان يدفعنا إلى ذلك القول أمور كثيرة .

(١) منها أنه لا يصح أن يستمتع المستحقون فى أوقاف يديرها أناس من

---

(١) لا مانع بالنسبة للنظم من السابقة أن تقر وزارة الأوقاف فى الأوقاف التى لم يشك منها إهمال لها، و ترفع يدها عما ثبت فيه إهمال إذا وجد من هو أصلح للمستحقين من الوزارة، وإن كان ذلك فيه مخالفة للفقه الحنفى الذى يقول أنه إذا استحق ناظر العزل فى وقف ، استحق العزل فى كل ما يقوم عليه من الأوقاف ، لأنه خير للناس أن تعزل عما فيه إهمال من ألا تعزل أصلا ، ولا مانع من أن يفتى هنا بقول الشافعى الذى يقول أن الناظر إذا ثبت أهليته فى موضع أو وقف ثبتت فى بقية المواضع والأوقاف من حيث الأمانة ، لا من حيث الكفاية (راجع نهاية المحتاج) .

عامة الناس بما لا يستمتع به المستحقون فى الأوقاف التى تديرها الوزارة ، أولئك يستمتعون بحق الطعن فى تصرفات النظار ، وإثبات الاهمال فيها ، وبيان الأوجه التى كان ينبغى التصرف بها ، بينما المستحقون فى الأوقاف التى كانت تديرها الوزارة ليس لهم ذلك الحق ، ومن العدالة أن يكون الجميع فى الحقوق سواء ، وأن تتساوى الضمانات التى تجعل تصرفات متولى الأوقاف جميعاً فى دائرة واحدة .

(٢) ومنها أن القضاء كانت له فى الماضى هيمنة على تصرفاتها ، ومن حقه سماع شكاة المتظلمين من تصرفاتها ـ يعينها على إصلاح أمورها ، وتدارك مواضع النقص فيها ، وتلافى أسباب الشكوى ، وسد الخلل ، وإقامة إدارتها على أساس من الحق والشرع ، وقد وجدنا ابان ذاك أن الاختلاسات فيها قد توالت ، والمفاسد قد تكاثرت ، وقد قامت حينئذ الوزارة بتأليف اللجان المختلفة لدراسة النظم ، لكى تصل إلى نظام قار ثابت يحفظ الحقوق لأصحابها ، ويجعل التصرفات لذوى الشأن فيها ، ويجب أن يكون بجوار كل نظام هيمنة من القضاء على الإدارة ، ليكون مشرفا رقيباً ، وعيون المستحقين الساهرة تعينه ، ورقابة المنتفعين القائمة تمده .

(٣) ومنها أنه قد لاحظنا فى ذلك الوقت أن وزارة الأوقاف أحيانا تصرف غلات وقف فى مصارف وقف آخر ، فيضيع على المستحقين فى بعض الأوقاف حقوق لهم ، وقد اعتمدت الوزارة على فتوى شرعية مكنتها من أن تصرف فاضل غلات وقف خيرى فى مصرف آخر ، ولكنها مع ذلك كانت تتصرف ذلك التصرف فى الأوقاف الأهلية المعروف مستحقوها ، والمحصور أصحابها ، وذلك لا يعتمد على فقه شرعى ، ولا على أى مبدأ من مبادئه ، ولعل أحداً لا يصدق ذلك ، وقد كدنا لا نصدقه لولا ما جاء على لسان أحد وزراء الأوقاف السابقين فى أثناء مناقشته بمجلس النواب المصرى ، فقد جاء فى مضبطة الدورة النيابية لسنة ١٩٢٦ فى بيان أموال الخزانة العامة للوزارة : « الخزانة العامة للوزارة تدخل فيها أموال ، وتخرج منها أموال ، وفى أثناء الحرب العالمية وجد عجز قدره (٩٠٠٠٠ ج) فاضطررنا لأخذه

من الخزانة العامة فقال رئيس المجلس : أى تأخذ الوزارة مما يستحقه عمرو مثلا ، وتعطيه لزيد . قال الوزير : هذا هو الواقع . قال الرئيس : إذا حكم بتعويض على الوزارة فمن أين تدفعه ؟ قال الوزير إن جميع المبالغ التى يحكم على الوزارة بدفعها تدفعها الخزانة العامة . ولقد ختمت المناقشة بقول مقرر لجنة الأوقات : الحقيقية ألا أموال لدى الوزارة لفرع خاص ، بل كل ما لديها روكية لجميع الفروع » .

إذا كان ذلك كذلك فقد كان الواجب يقضى بالا نعطى المستحقين المعينين فى الأوقاف حق هيمنة القضاء الشرعى على وزارة الأوقاف ، لكى يحفظ لأولئك حقوقهم.إن الوزارة قامت لرعاية حقوق الضعفاء ، ولتكون للمستحقين من أرامل وغير قادرين كالمجالس الحسبية فى رعاية أموالى اليتامى وضعاف العقول ، ومن لا يحسنون إدارة أموالهم ، ولكن المجالس الحسبية اكتفت بالاشراف ، ولم تتول الإدارة بنفسها فلم يجىء من جانبها خطر ، وكانت لها صفة القضاء المشرف المهيمن ، أما تلك فقد تولت الإدارة بنفسها ، والإدارة ابتلاء ، فظهرت عيوب ، وكان من حق المستحقين أن يعاونوا القضاء الشرعى الوزارة بوضع يدها على عيوبها وذلك بفتح الباب على مصراعيه لشكوى المستحقين .

٣١٠ — إن الوزارة إذا كانت تحت سلطان القضاء استعانت به كما بينا فى إصلاح كثير من عيوبها التى وضحت للناس ، وكان يضج الملأمن هذه الأمة بالشكوى منها ، ولقد حاول المصلحون ممن تولوا هذه الوزارة أن يطبوا الادوائها ، فمنهم من كشف عن العلة ، ومنهم من لم يضع يده على موضع العلة . وفتح الباب لهيمنة القضاء سيكون فيه الكشف المنير ، والعلاج الناجع ، وتكون الوزارة إذن جديرة بالثقة التى منحتها من قديم الزمان ، والتى جعلت لجنة الأوقاف فى مجلس النواب تدعو القضاء الشرعى والوزارة إلى التوسع فى إقامتها ناظراً على الأوقاف ، فقد جاء فى تقرير تلك اللجنة سنة ١٩٢٧ : تستحسن اللجنة أى تتوسع الوزارة

فى قبول النظر على الأوقاف الأهلية التى يكون فى إدارتها لها مصلحة للمستحقين وعدم ضرر بماليتها ، وذلك لأن اللجنة تعتقد أن فى إدارة الوزارة لهذه الأعيان رحمة بالمستحقين ، ورعاية لمصالحهم ، وحماية لهم من تعسف النظار وتعتقد أن المحاكم الشرعية تشاطرها هذا الاعتقاد ، ولا تمانع اللجنة فى أن تتوسع الوزارة أيضا فى قبول الحراسات القضائية على الأطيان التى يقوم بشأنها نزاع ، لأنه لا يوجد فى البلاد إدارات منتظمة للحراسات القضائية تحقق إيصال الحقوق لأربابها ، وتلفت اللجنة نظر الوزارة إلى اتخاذ التدابين اللازمة لتفهيم الجهات المختصة بوجود هذا الاستعداد لديها » .

وكنا نشاطر تلك االجنة رأيها ، ولكن بشرط ألا نحرم المستحقين من حق هو لجميع المستحقين فى الأوقاف ، وهو منع ما عساه يلحقهم من مغبة الإهمال الذى توالى، وتصايحت الناس بالشكوى منه فى كثير من الأحيان ، وفى النفس ملاحظات كثيرة، يضيق المقام الآن عن بيانها ولا حاجة الآن إلى البيان، وكان كلها يوجب أن يكون للقضاء هيمنة ومعاونة للمصلحين، وكل من يرومون القيام بإصلاح هذه الوزارة التى قامت للرعاية وحفظ الأوقاف، فكان من إهمال بعض المستخدمين فيهما جاء على أساسها بالنقض، وخالف الأصل الذى قامت عليه. والآن وقد ألغى الوقف الأهلى، وقد صار الوقف كله خيريا إلا ما اشترط فيه الواقف أن يكون الريع لنفسه ، وقد جاء ذلك أخيرا وصار لها النظر فى كل الأوقاف إلا ما تنزل عنه بمسوغ وصارت ميزانيتها جزءا من ميزانية الدولة ، فقد صار حقا عليها أن تراعى قصر صرف غلاتها على المسلمين أو تقيم على ولايتها كل الأوقاف من غير استثناء .

أجرة النـاظر

٣١١ – للمتولى على الوقف أجر عليه ، والأصل فيه ما فعله عمرو بن الخطاب رضى الله عنه ، حيث قال فى كتاب وقفه : « لوالى هذه الصدقة أن يأكل منها غير متأثل مالا » ومثل ذلك فعله على بن أبى طالب رضى الله عنه وغيره من الصحابة والتابعين فى صدقاتهم . ومذهب الحنفية فى تقدير تلك الأجرة هو أن الواقف إن جعل له أجراً مقدراً بالنقد ، أو ما يشبهه ، أو أجراً نسبياً مضافاً إلى ريع الوقف ، بأن قال له العشر منه أو الثمن أو نحو ذلك ، فله ذلك الأجر بالغاً ما بلغ ولو كان أكثر من أجر المثل المتعارف أداؤه لمثل هذه الأعمال ، لأن بعضه أجرة ، والزائد استحقاق ، ويستحق الناظر الأجر ما دام قائما بشئون الوقف ، يرعاها بالقدر الذى يطلب من أمثاله ، فإذا كان المتولى امرأة لا تطالب إلا بما تستطيعه النساء عادة . ولو أصيب المتولى بمرض يمنعه من الإشراف الفعلى على أعيان الوقف ، وتحصيل غلاته ، فهو مستحق للأجر ما دام يستطيع الأمر والنهى ، وأن يشير برأيه فى كل ما يحدث وما يعرض للوقف من أمور ، لأن الإدارة رأى ونظر وحسن تدبير ، والعجز الجسمى لا يمنع شيئاً من هذه الأمور ؛ فيستحق الأجرة إذن ما دام الوقف يستفيد من آرائه ، وهو مرعى برعايته التى يستطيعها .

وإن جعل الواقف النظر لشخص وعين له أجراً يزيد على أجر المثل ففوض لغيره تفويضاً صحيحاً ، فليس للمفوض إليه إلا أجر المثل ، لأن الزيادة أعطيت للأصيل على سبيل الاستحقاق ، بمقتضى شرط الواقف ما دام ناظرا ، فلا يأخذها المفوض ، لأنها غير مشروطه له ، ولذا يستحقها إن جعل الواقف تلك الأجرة للأصيل ، ولمن يفوض إليـه ، أو لـكل ناظر يتولى الوقف ، ولم يجعلها لشخص يعينه .

وإن كان الأجر الذى قدره الواقف للمتولى أقل من أجر المثل رفعه القاضى إليه إن طلب الناظر ذلك ، لأنه أجرة عمل يستحقها بالطلب ، وإن لم يطلب كان متبرعا بالزائد عما عينه ، ولا يقضى القاضى بغير طلب .

وإن ضم ثقة إلى الناظر المعين من قبل الواقف ، أو بمقتضى شرطه أخذ أجرته من أجرة الناظر ، إن كان فيها سعة ، وإلا لا يأخذ من أجر الناظر ، بل يعين القاضى له أجرا مستقلا ، يتناسب مع ما يقوم به من عمل ، وما يقدمه للوقف من مصلحة .

وإن لم يعين الواقف أجرا مطلقا ، فالقاضى يقدر للناظر أجر المثل ، وكذلك الشأن إذا كان القيم معينا من قبل القاضى ، فإنه هو الذى يجعل له الأجر بحيث لا يزيد على أجر المثل ، ولا يستحقه إلا إذا عمل ، فإذا لم يعمل ، كأن يحيل المستحقين على المستأجرين ، ليأخذوا منهم غلات الوقف ، لا يستحق الأجرة . وإن لم يجعل القاضى له أجرة ، فإن كان المعهود فى مثله ألا يعمل إلا بأجر ، فله أجر مثله ، وإلا فلا أجر له ، ولا شك أن المعهود الآن ألا يقوم أحد بإدارة وقف إلا إذا كان له فى نظير ذلك أجر معلوم ، بل إن ذلك الأجر موضع تنافس المتنافسين ، وتناحر الطامعين ، ومزدحم الطالبين ، ومطمح الراغبين ، فكل من يتولى أمر وقف من قبل القاضى ، فله إذن أن يطالب بذلك الأجر ، ولو لم ينص القاضى عليه عند تعيينه ، بل إن الجارى الآن أنه لا يعين من قبل القاضى ناظر من غير أن يبين له أجر .

٣١٢ — هذا هو مذهب الحنفية ، ومذهب المالكية يقارب هذا ، فقد جاء فى الشرح الصغير وغيره التصريح بأن ناظر الوقف له أجرة ، وإن الأجرة من الريع ، وتقدر بالمصلحة ، وجاء فى مواهب الجليل : « قال ابن عرفة ، عن ابن فتوح : للقاضى أن يجعل لمن قدمه للنظر فى الأحباس رزقاً معلوماً فى كل شهر باجتهاده فى قدر ذلك ، بحسب عمله وفعله ، ومن هذا نرى أن القاضى يجعل للمتولى

أجرا بقدر المصلحة أو بقدر اجتهاده ، وقدر المصلحة أو قدر الاجتهاد والعمل هو أجر المثل ، وما تعارفه الناس مكافأة لمثل هذا النوع من الأعمال ، وإذا كان هناك تقدير من قبل الواقف احترم من غير خلاف فى ذلك .

وقال بعض فقهاء المالكية ، ونسب هذا القول لابن عتاب وغيره أن الواقف إن جعل للمتوفى قدرا اتبع شرطه ،وإن لم يجعل للمتولى قدرا من الوقف ، كانت أجرته فى بيت المال ، لا من ريع الوقف ، ولذا جاء فى مواهب الجليل «عن: ابن عتاب ،عن ابن المشاور ، لاتكون أجرة الوقف إلامن بيت المال ، فإن أخذها من الأحباس أخذت منه ، ورجع بأجره فى بيت المال ، فإن لم يعط منه ، فأجره على الله ، وإنما لم يجعل له فيها شىء ، لأنه تغيير للوصايا ، وبمثل قول ابن المشار أفتى ابن ورد ، وقال لايجوز أخذ أجرته من الأحباس إلا أنه يحمل على من حبس » وجاء فى حاشية الشرح الصغير : « يجوز للقاضى أن يجعل للناظر أجرة من ريع الوقف على حسب المصلحة خلافا لقول ابن عتاب إنه لا يحل له أخذ شىء من غلة وقف ، بل من بيت المال ، إلا إذا عين الواقف شيئاً » .

وترى من هذا كله أن فى مذهب المالكية قولا لبعضهم بأن أجرة الناظر الذى لم يعين له الواقف شيئا تكون من بيت المال ، وكأنهم بنوا ذلك على أن إدارة الأوقاف من أعمال الدولة ، ومن الأمور التى يجب أن يقوم بها المحتسب الأكبر، وهو الحاكم ، وذلك لأنها فى أكثر الأحيان مآلها إلى البر والصدقات والخيرات ، وإذا كان ذلك كذلك فمن يقوم بشئونها يكون كعمال الدولة يأخذ أجرته من بيت مالها ، لا من الأوقاف ،ولكن ذلك الرأى مرجوح كما علمت ، لأن المصالح الخاصة زادت فى الأوقاف على المصالح العامة، وإن كان لذلك الرأى صلاحية للتطبيق ، فهو فى الأوقاف التى تمحضت للخير ، ولا تصرف إلا فى وجوه البر أو المصالح العامة كالملاجىء والمصحات ونحو ذلك ، فإن إدارة مثل هذا النوع من الأحباس يصح أن تتحمل نفقاته الدولة ، لأنها تؤدى بعض شئونها ، وتقوم ببعض واجباتها ، وتحمل جزءا

من أعبائها ، وتعاونها فيما تبغى من اقامة بناء اجتماعى قوى صالح . أما الأوقاف الأهلية التى تعود منافعها على معينين محصورين ، فلا يصح أن يتحمل بيت المال شيئا من النفقات الواجبة لإدارة أحباسهم ، لأن ذلك يكون انفاقا للمال الذى تمحض للعموم ، لأناس مخصوصين من غير عمل قدموه للمنفعة العامة ، ومن غير حاجة ماسة .

٣١٣ — ومذهب الشافعية رضى الله عنهم أن الواقف إن قدر مقدارا اتبع ، ولو كان أكثر من أجر المثل ، لأن الناظر يأخذه فى هذه الحال على وجه الاستحقاق بالشرط ، لا على وجه الادارة ، ولذا يثبت له ولو لم يطلبه ، وإن لم يقدر الواقف قدرا للمتولى لا يستحق شيئاً ، حتى يرفع الأمر إلى القاضى ، ويطلب أن يقدر له شيئا ، فإن لم يطلب لا يستحق على الراجح ، وإذا طلب ، قال بعض الشافعية يستحق أجر المثل سواء أكان محتاجا أم غير محتاج ، لأن ذلك أجر نظير عمل يستحق أجرته ، ولم يجب إلا بالطلب ، لأنه يكون متبرعا إذا لم يطلب ، وقال بعضهم لا يستحق بالطلب إلا إذا كان محتاجا ، ويثبت له ما يسد نفقته فقط ، وقال النووى يثبت له الأقل من أجر المثل ومن نفقته بالمعروف ، ومعنى ذلك أنه يثبت له ما يسد حاجته بشرط ألا يزيد عن أجر المثل ، فإن زاد لم يستحق شيئا من الزيادة ، وقد عللوا ذلك بأن القائم على الواقف المتولى شئونه كالولى على الصغير ، لا يأخذ إلا ما يكفيه بالمعروف عند الحاجة عملا بقوله تعالى فى شأن الأولياء « ومن كان غنيا فليستعفف ، ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف » .

هذه خلاصة الأقوال وتوجيهها بشأن أجرة الناظر عند الشافعية، وقد أخذناها من كتاب نهاية المحتاج ، وهذا نصه : « ويستحق الناظر ماشرط من الأجرة ، وإن زادت على أجر مثله . . فلو لم يشرط له شىء لم يستحق أجرة ، نعم له رفع الأمر إلى الحاكم ليقرر له أجرة ، قاله البلقينى ، قال تلميذه العراقى فى تحريره ، ومقتضاه أنه يأخذ مع الحاجة ، أما قدر النفقة له ، كما رجحه الرافعى ، أو الأقل

من نفقته وأجرة مثله ، كما رجحه النووى . وقد يقال التشبيه بالولى إنما وقع فى حكم الرفع إلى الحاكم ، لا مطلقا ، فلا يقتضى ما قاله ، ومرادهم أنه يأخذ بتقرير الحاكم ، على أن الظاهر هنا أنه يستحق أن يقرر له أجر المثل ، وإن كان أكثر من نفقته ، وفى هذا النص ترى الأقوال الثلاثة التى قررناها .

٢١٤ — وفى مذهب الإمام أحمد رضى الله عنه أن الواقف ان جعل للناظر أجرا معلوما ، فهو له بالغا ما بلغ . لأن الأخذ فى هذه الحال يكون بنص شرط الواقف ، لا على كونه أجرا فقط ، وإن لم يعين الواقف قدرا فعند الحنابلة قولان مصححان : (أحدهما) أنه لا يحل له إلا أن يأكل بالمعروف ، ولولم يكن محتاجا ، وهذا نص ما جاء فى وقف عمر ، فقد ورد فيه أن لولى هذه الصدقة أن يأكل منها غير متمول ، وفى رواية غير متأثل ، ومعنى ذلك أن الذى يقرر للناظر لا يلزم أن يكون أجر المثل ، ويصح ولو كان الناظر غير محتاج ، وقال بعضهم ليس له أن يأخذ إلا عند الفقر ، كالولى لا يأكل من مال الصغير ، إلا إذا كان فقيرا ، ولا يأكل إلا بالمعروف .

(ثانيهما) أنه يجب له أجر المثل ، وقد جاء ذلك القول على أنه قياس المذهب فى الأحكام السلطانية ، وذلك لأن ما يأخذ المتولى هو فى نظير عمل ، فهو أجرة ، والأجور تقدر بالمثل ، وما هو المتعاهد المعروف .ويستحق ذلك من الوقت الذى تولى فيه النظر .

وهذا كله إذا كان الناظر ممن يأخذون العوض عن أمثال هذه الأعمال عادة ، أى ممن يستأجرون لإدارة الأوقاف عادة ، أما إن كان ممن لا يؤجرون فى هذا السبيل وممن جرت العادة بأنهم يتبرعون بذلك ، ولا يأخذون له أجرا ، بأن يكونوا ذوى خطر وشأن تعلو نفوسهم عن أن يستأجروا أيا كانت الأجرة ، فلا أجرة له وهو متبرع به ، لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، فكأنه بقبوله إدارة الوقف من غير نص على أجرة ، قد التزم التبرع بإداراته ، كالجارى المعروف عن أمثاله ، وقد قيل إن ذلك القول هو قياس مذهب الحنابلة ، وهذا القول كما ترى قريب جدا من قول فى مذهب

الحنفية ، بل لا يكاد يختلف عنه فى شيء قط .

٣١٥ — هذه آراء أعلام الفقهاء فى أجرة الفقهاء ، وبقى أن نلقى نظرة على ما هو معمول به الآن ، وعلى أجر المثل الذى كان يقرر فى الأيام السابقة على إلغاء الوقف الأهلى ، فقد كان ذلك الإلغاء فاصلا بين عهدين للنظار .

قدجرت وزارة الأوقاف إبان ذاك على أن تأخذ مقدار عشرة فى المائة من غلات الوقف ، وتقدر ذلك بالنسبة إلى الغلات كلها قبل أن تحصل منها الضرائب المفروضة على أعيان الوقف أراضيه وعقاراته ، وعلى ذلك يكون العشر الذى تحتسبه لنفسها إذا أضيف إلى صافى الغلات كان أكثر من عشرها ، وإذا ضم هذا إلى ما تحتسبه على الغلات من نفقات أخرى ، كان المقدار الذى كانت تستوفيه أكثر من العشر بكثير ، حتى لقد قدره الأكثرون بنحو ١٥ ٪ . هذا تقدير وزارة الأوقاف لأجرها ، وقد صدر به قانونها منذ نشأت ديوانا ، واستقرت عليه حتى صارت وزارة ، وقد قدر القضاء الشرعى للنظار الذين يعينون من قبله ، أو النظار الذين يعينون من قبل الواقف ، أو بمقتضى شرطه ، ولم يبين قدر معلوم مشروط لهم فى كتاب الوقف ـ أجورا تتناسب مع ما يعهد إليهم من أعمال ، وما هو جار فى العرف العام الشائع ، ولم يقيد نفسه بالعشر الذى سنته وزارة الأوقاف ، واعتبرته أجرا واجب الأداء ، لأنه رأى أن ذلك الأجر لا يتناسب مع ما يعهد إليهم من أعمال ، خصوصا نظار الأوقاف الكبيرة ، فلو احتسبت أجورهم بنحو العشر لكان أجرا باهظا ، فمن الأوقاف ما يقارب عشرة آلاف فدان أو يزيد ، وفى الرخاء يدر الفدان نحو ثلاثين جنيها ، فيكون ما يستحقه الناظر أجرة على ذلك الأساس ثلاثين ألفا جنيه ، تجىء إليه تباعا كل عام ، وعلى ذلك يكون المدبر لأمر وقف واحد يستحق أجرا عليه أضعاف أضعاف ما كان يستحقه رئيس الوزراء فى إدارته لشئون الدولة والأمة ، وذلك لعمرى فى القياس عجيب ، لذلك كان ما يفعله القضاء الشرعى حسنا فى عدم تقيده بما قدرته وزارة الأوقاف أجرا لنفسها ، وأخذته جزاء لعملها .

وإذا كان لنا أن نعلق على ما كان يجرى فهوانا كنا نستكثر على وزارة الأوقاف ما تأخذه ، ولنا على ذلك أدلة من الفقه ، ومن الواقع ، أما الواقع فلأنه أكثر من أجر المثل بكثير، بدليل أن القضاء ما كان يقدر للنظار من آحاد الناس إلا مادون ذلك، ولو كان أجر المثل هو العشر لقدره القضاء العشر دائما ، وقد علمت مايترتب على ذلك من القياس الفاسد ، والنتائج الغريبة فى بابها ، وإذا كان ما تأخذه وزارة الأوقاف إنما هو أجرة من كل الوجوه ،فهى أجرة فيها غبن فاحش من كل الوجوه .

وقد لاحظنا أمرا أدخل فى الغرابة مما سقناه ، ذلك أن فضيلة شيخ الأزهر ، وفضيلة مفتى مصر كانا قد وكلا وزارة الأوقاف فى إدارة الأوقاف التى اشترطت النظارة لهما فيها ، وجعلا لوزارة الأوقاف فى سبيل ذلك ٥٪ ، واستبقيا لأنفسهما ٥٪ ، وقبلت ذلك الوزارة ، وتولت إدارة تلك الأوقاف ، ولم تر فى ذلك غبنا فاحشا لها ، ولا ظلما واقعا عليها ، بل ارتضته ، وتقبلته بقبول حسن ، وإن فى ذلك لعمرى مايدل على أن ٥٪ أجر معقول مقبول ، لا ظلم فيه ولاغبن فهلا كانت قد جعلته سنتها فى كل الأوقاف ، وهلا إعدلت قانونها بجعل أجرها ٥٪ أو تفوض ذلك للقضاء الشرعى، وهو يلاحظ الأحوال والملابسات ، وما يحتاج إليه كل وقف من عناية وعمل .

٣١٦ — ومن الوجهة الفقهية لا نجد للعشر أصلا فقهيا يعتمد عليه ، إلا أن يكون العشر هو أجر المثل . فقد جاء فى العقود الدرية بالنسبة لتقدير العشر : « سئل فى الناظر إذا أراد أخذ العشر من كامل غلة الوقف نظير عمله ، وهو قدر أجر مثله ، ويعارضه بقية المستحقين زاعمين أن له عشر الفاضل بعد المصارف ، فهل له ذلك ؟ فأجاب : حيث كان العشر أجر مثله ، ولم يجعل له الواقف شيئا له أخذه من كامل الغلة قبل حساب المصارف . وسئل فى ناظر وقف أهلى جعل له القاضى عشر المتحصل من غلة الوقف نظير عمله فى لوقف ، فهل له أخذه ؟

فأجيب : نعم له أخذ ذلك من الغلة إذا عمل فى الوقف ، إذا كان ذلك قدر أجر مثله ، كما فى الخلاصة والبزازية . . والصواب أن المراد من العشر أجر مثل عمله حتى لو زاد على أجر مثله رد الزائد ، كما هو مقرر معلوم ، ويؤيده أن صاحب الولوالجية بعد أن قال : جعل القاضى للقيم عشر غلة الوقف ، قال قدر أجر مثله . ثم رأيت فى إجابة السائل ، ومعنى قول : القاضى جعل له عشراً . أى التى هى أجر مثله ، لا ما توهمه أرباب الأغراض الفاسدة » اه كلامه ومن هذا تعلم أن تقدير العشر ليس له اعتبار فقهى إلا إذا كان ذلك بتقدير الواقف ، أو كان هو أجر المثل ، ولعل العشر كان أجر المثل المعقول عند ما وضعت لائحة ديوان الأوقاف ، ولكنه صار من بعد لا يعتبر أجر المثل فى الكثير الغالب . وهذا إذا نظرنا نظرة مذهبية مقيدين أنفسنا بمذهب أبى حنيفة الذى كان لا يزال معمولا به ، ولو حلقنا فوق ذلك المذهب ، وعمدنا إلى الينبوع الذى أخذ منه تقدير الأجر للنظار ، وكان هو الأصل فى هذا الباب وهو وقف عمر رضى الله عنه ، وقد جاء فيه مما يتعلق بالأجرة : « لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ، أو يطعم صديقا غير متمول فيه » وفى رواية أخرى « غير متأثل » وقد علق على ذلك ابن حجر فى فتح البارىء ، فقال : « اشتراط نفى التأثل يقوى ما ذهب اليه من قال : المراد من قوله يأكل بالمعروف حقيقة الأكل ، لا الأخذ من مال الوقف بقدر العمالة » وقد علمت أن الأخذ بمقدار الحاجة فقط قول مصحح عند الشافعية ، وقول مصحح أيضاً عند الحنابلة ، وهو مأخوذ من ذلك الأثر الذى يعتبر الأصل فى كل ما يتعلق بالأوقاف وشرعتها ، وأين هذا من تقدير العشر الذى جعلته وزارة الأوقاف من قبل ـ فريضة واجبة الأداء على كل وقف تديره ، وتقدمها على كل شأن من شئونه

٣١٧ ــ ولقد يلاحظ المرء أن وزارة الأوقاف كان أكثر اختصاصها يتعلق بإدارة الأوقاف الخيرية ، وأكثر هذه الأوقاف تقوم بأعمال ، كان على الدولة أن

تقوم بها إذا لم يقم الأغنياء من الأمة بها ، فبالغلات من الأوقاف الخيرية تنشأ المصحات ، وتبنى الملاجىء ، وتقام المساجد ، ويطعم المسكين والفقير والأرامل ، ومن لا عائل له من كل عاجز عن الكسب ، وقد سدت أمامه أبواب الرزق ، وكل تلك أمور تقوم بها الحكومات الصالحة ، وكان ينفق عليها من بيت مال المسلمين فى سالف الأزمان ، فواجب أن ينفق عليها من مال الدولة الآن ، وإذا كانت هذه آثار الأوقاف الخيرية ، وما تؤديه من شئون فقد كان من الواجب ألا تأخذ أجرة فى نظير إدارتها وزارة الأوقاف مطلقاً ، لأنها تقوم ببعض ما يجب على الحكومة أن تقوم به ، فليس من المعقول إذا آلت إدارتها إليها أن تأخذ أجراً على ذلك ، بل المعقول أن تجعل إدارتها من باب الحسبة الواجبة عليها ، وقد علمت مما مضى فى مذهب مالك رضى الله عنه أن الواقف إن لم يعين أجراً كانت الأجرة من بيت المال ، وقد أسلفنا[1] إن ذلك القول معقول مقبول فيما يتعلق بإدارة الأوقاف التى تمحضت للبر ، وآلت إليه .

---

(١) راجع نبذة رقم ٣١٢ من هذا البحث .

محاسبة النظار

٣١٨ — جرى الفقهاء فى محاسبة النظار على فرض حسن النية ، وتغليب الثقة على الشك ، وحمل أفعالهم على الخير ، دون الشر إلا إذا قام الدليل ، ولذا لم يوجبوا المحاسبة فى أدوار زمنية ، ولم يضعوها فى نطاق شديد مانع من التضليل والزيغ ، إذ غلبوا العدالة على التهمة ، وخافوا من أن التظنن فى تصرفات متولى أمور الأوقاف يجعل وجوه الناس يحجمون عن إدارتها ، ويمنع ذوى المروءات من التعرض للولاية عليها ، وفى ذلك ما يعود على الأوقاف عامة بالضرر الوبيل ، وما يجعل الداء ينخر فيها ، من غير أن يتعرض ذوو الصلاح لاصلاحها ، ضناً بكراماتهم ، وحرصاً على مروءاتهم .

وعلى ضوء نظر الفقهاء هذا نسرد لك أحكام المحاسبة عندهم ، ونعقب عليها بما ينبغى أن تكون عليه الأمور ، إذا حالت الأحوال ، وتغيرت الدنيا ، واختلفت الأنظار .

لقد ذكر الفقهاء أن الناظر لايحاسب إلا إذا اتهمه المستحقون بخيانة أو مخالفة شرط الواقف ، أو شكوا من تصرفاته معهم ، أو إذا طلب الناظر تقدير أجر له ، أو تظلم من صغر أجره . أو إذا استأذن فى تصرف يحتاج إلى إذن القاضى ويلزم للإذن بيان حاجة الوقف ، كالاستبدال والاستدانة ونحوهما ، فيقدم فى كل هذه الأحوال بياناً بما ورد إليه من موارد الوقف ، وما أنفقه فى مصارفه ، وإن لم يقدمه من تلقاء نفسه طلبه إليه القاضى ، وقد قالوا إنه إن كان أميناً اكتفى منه بالبيان الإجمالى ، فلا يسأل عن مصارفه ، ووجوه الإنفاق تفصيلا ، لأنه أمين غير متهم ، وإن قدم هو ذلك البيان من تلقاء نفسه ، قبل منه إن كان فى وجوهه ، ونوقش فيما قدم إن لوحظ عليه شىء ، وإن كان متهما لا يكتفى منه بالبيان الإجمالى ، بل يجبر على التفصيل ، وتعيين جهات التحصيل جهة جهة ، بحيث

يبين ماجاء إليه كل شهر من أجور الدور ، وماجاء من كل مسكن من مساكنها إذا كان الموقوف دوراً أوحوانيت ، كما يبين ماجاءه من كل زرع ونبات أخرجته الأرضون ، ومساحة المزروع من كل صنف ، وعليه أن يبين المصارف مصرفاً مصرفا ، بحيث يبين ما أخذه كل مستحق فى كل شهر ، إن كان يوزع عليهم كل شهر ، وفى كل سنة إن كانت الغلات توزع كل عام ، ويبين ما أنفقه على العمارة ومقداره وجهاته ، بحيث يبين كل باب من أبوابه ، وكل مصرف من مصارفه .

فإن قدم الناظر المتهم ذلك الحساب التفصيلى اختياراً نوقش فيه ، وإن امتنع عن تقديمه طوعا حمل على التقديم . وأجبر عليه ، وقد عينوا طريق الإجبار ، وهو التهديد يومين أو ثلاثا ، ومنعوا القضاة من حبسه ، وهذا نص ما جاء فى الدر المختار ، ورد المحتار : « ولو متهما يجبره على التعيين شيئاً فشيئاً ، ولا يحبسه ، بل يهدده يومين أو ثلاثة ، فإن فعل فبها ، وإلا يكتفى منه باليمين » وبمثل ذلك جاء فى البحر .

ونحن نرى أن ذلك الطريق الذى سنه الفقهاء للإجبار ليس مؤدياً إلى حمله على البيان ، إذ أن التهديد المجرد لا يجدى فتيلا ، ولا يؤثر فى النفس بأى نوع من أنواع التأثير ، إذا علم المهدد بأن من هدده لا يملك تنفيذ شىء مما هدد به ، وأنه يرعد ويبرق عن سحابة جفل لا ماء فيها ، وخصوصاً إذا كان ممن تمرست نفسه بالآثام ، وممن أحاطت بهم الخطيئات ، واستولت عليهم السيئات ، واعتادوا الشر ، ولم يرتكبوه عن جهالة بآثاره ، وإذا كان ذلك الطريق غير مؤد ، كما علمت إلى حمله على البيان فى جل الأحوال ، كان حكم الناظر المتهم إذن مقصوراً على تحليفه اليمين إن لم يبين بالتفصيل ، ولايكون هناك فرق بينه وبين الأمين إلا أن هذا لا يحلف ، مراعاة لأمانته ، وحفظاً لمروءته ، حتى لايحجم وجوه الناس عن ولاية الأوقاف ، كما ارتأى الفقهاء ، ولقد قال بعض الفقهاء إن

الناظر الأمين يحلف ، فلم يبق إذن فرق بين الأمين وغيره .

وإن الرأى الفقهى الذى انبنى عليه الكلام فى هذه المسألة هو أن الشريك والمضارب والوصى والمتولى أمناء فيما تحت أيديهم من أموال ، فالأصل أن لا ضمان عليهم ، وأن ذمتهم بريئة لم يتعلق بها شىء ، فلا يتوجه إليهم إلزام بتفصيل ، لأن الإلزام أثر للضمان ، وإذا انتفى الضمان ، كما هو المقرر، فقد انتفى المؤثر ، فلا أثر، وبالتالى فلا إلزام بتفصيل ، ولذا جاء فى الدر المختار فى أثناء بيان تلك المسألة « الشريك والمضارب والوصى والمتولى لا يلزم بالتفصيل ، وإن غرض قضاتنا ليس إلا منع الوصول لسحب المحصول » وإذا كان الأصل الأمانة فمطلق الاتهام لا ينفيها ، فلا فرق إذن بين المتهم وغيره .

٣١٩ — وإذا بين الناظر اختيارا أو اضطرارا ، فان صادقه المستحقون على البيان ، كانت مصادقتهم حجة عليهم ، لأنها إقرار قد صدر عن أهله ، والإقرار حجة على المقر ، وإن لم يصدقوه كان الحكم الأول الذى ترضى حكومته ، وفيصل التفرقة بين الحق والباطل هو المشاهدة ، وظواهر الأحوال ان أمكن الاحتكام إليها ، وكانت لها شهادة فى الأمر ، فإذا ادعى مثلا أنه قبض الأجور ، وجميع الغلات ثم أنفقها على عمارة الوقف . ولم يزد عما كانت عليه الدار حال الوقف ، فنازعه المستحقون فى مقدار ما أنفقه فى الإصلاح والعمارة بأن ادعى قدرا ، فذكروا هم أن ذلك القدر كبير باهظ ، وأنه ينفق عليه دون ذلك بكثير ، ولم يصدقوا الناظر فى أنه أنفقه ، أو صدقوه ، وقالوا إن فيه غبنا فاحشا على الوقف . وإن ذلك برهان نقص كفاية الناظر ، أو خيانته ، وأنه فى الحالتين ضامن ، إذ فيه خسارة على الوقف والمستحقين ، او صدقوه فى مقدار الإنفاق وأنه نفقة المثل ولكن أدعوا أنه زاد على العين ، ولم يعدها إلى ما كانت عند الوقف ، فإن ادعوا شيئا مما ذكرنا استعان القاضى بأهل الخبرة ، وسأل أهل المعرفة ، وكان كلامهم الذى يقع فى قلب القاضى صدقه بعد مناقشته لهم ، ومساجلتهم القول ـ هو الحكم

فى الموضوع والفاصل فيه ، فإن شهدوا للناظر ، برىء من الضمان ، وإن شهدوا للمعترضين ، كان الناظر مسئولا عن سوء تصرفه وعقبى تبذيره ، وكان ضامناً لكل مغرم لحق الوقف أو المستحقين بسببه .

وكل نفقة ينفقها الناظر على الوقف ، خصوماته ودعاويه ، واستخلاص حقوقه ، فالحكم فيها العرف الجارى وظواهر الأحوال ، فمن يشهد له الظاهر صدق ، ومن لم يشهد له الظاهر كذب ،ومما يضاف إلى نفقات الوقف أجور الكتاب الذين يقومون بضبط الحساب ، وثمن الأوراق وأجور أماكن إدارة الأوقاف ، وغير ذلك مما تضطر إليه إدارة الأوقاف ورعايتها ، ويشهد العرف بأنها نفقات لازمة لأمثال هذه الإدارة ، ولذا جاء فى الفتاوى المهدية فى الإجابة عن سؤال فى رسم تقرير النظر ومعلوم التوكيل ، وما أنفقه الناظر لضبط الوقف ، أيحسب للناظر عند المحاسبة أم يحسب عليه ؟ : « ما يتعلق بما دفع للقاضى فى رسم تقرير النظر ، إن كان أمراً ضرورياً لابد منه لمصلحة الوقف ، فقد صرحوا فى نظائره بأن ما يؤخذ من الناظر من مال الوقف لجهة القضاة مثلا ، ولم يمكنه دفع الآخذ عن ذلك ، فللناظر احتسابه على الوقف ، فما يعلم دفعه فى ذلك على هذا الوجه لايضمنه الناظر المذكور.. وأما معلوم التوكيل ، فإن كان من باب تقرير وظيفة فى الوقف بمرتب مستمر ، فلا يسوغ للناظر فعله بدون شرط الواقف ، إذ ذلك منوط بالقاضى الذى يملك ذلك لدى تعين المصلحة ، نعم للناظر صرف مقدار أجر مثل من عمل فى الوقف عملا ضرورياً فى مصالحه فإنه يستحق عليه الأجر بدون جعل ذلك وظيفة مقررة ، كما أن له دفع أجر مثل من عمل فى أمور الوقف على قدر عمله الضرورى ، بدون تقرير وظيفة بمرتب مستمر ، وكذا له دفع ثمن ورق اشتراه لمصالح الوقف ، إن احتيج إلى ذلك ، والله أعلم » ومن هذا الكلام يستفاد أن كل ما يدعى انفاقه على الوقف يحكم فيه أجر المثل ، وظواهر الأحوال والمشاهدة بعد تبيين أن ذلك تصرف سائغ للناظر ، جائز له بمقتضى شرط الواقف ، أو لمصلحة داعية إليه مع إذن القاضى ، ونحو ذلك .

٣٢٠ — وإن ادعى فى بيان مصارف الوقف أنه حصل الأجور ، وجمع الغلات وأعطى الفاضل منها بعد نفقات الوقف للمستحقين قبل قوله ، ولاحاجة إلى بينة ، وان أنكر المستحقون ،اختلف فى لزوم التحليف ، فقال بعض الفقهاء يحلف، وقال بعضهم لايحلف ، لأنه أمين ، والأمين يقبل قوله فيما تحت يده من غير يمين ، وقال بعضهم إن كان متهما لا يقبل قوله إلا بيمين ، وإن لم يكن متهما ، قبل من غير يمين ، وقد رجح الأكثرون فى الأزمان المتأخرة ألا يقبل قوله إلا بيمين لغلبة الفساد وكثرة الخيانات وطمع النظار ، وقد بين ذلك فى العقود الدرية أتم بيان إذ جاء فيها : « الذى صرحوا به أنه يقبل قوله فيما يدعيه من الصرف على المستحقين بلا بينة ، لأن هذا من جملة عمله فى الوقف ، وأفتى به التمرتاشى رحمه الله . واختلفوا فى تحليفه ، واعتمد شيخنا فى الفوائد أنه لا يحلف . وقال العلامة الخير الرملى فى حاشيته : والفتوى على أنه يحلف فى هذا الزمان . . وفى حاشية الحموى على الاشباه فى باب القضاء والشهادات ، والظاهر من كلام صاحب القنية أن عدم التحليف إنما هو فى غير ما إذا اتهمه القاضى ، ولا يدعى عليه شىء معين ، وإذا لم يكن هناك منكر معين ، وفيها أيضاً فى باب الأمانات . الناظر إذا ادعى الصرف ، قال بعض الفضلاء ينبغى أن يقيد ذلك بألا يكون الناظر معروفا بالخيانة ، كأكثر نظار زماننا ، وأفتى المولى أبو السعود بأنه إذا كان مفسدا مبذرا لا يقبل قوله فى صرفه مال الوقف بيمينه فقط ،

وترى من هذا بيان الأقوال الثلاثة التى تتعلق بالتحليف وعدم التحليف ، وأن أبا السعود العمادى أفتى بأن الاكتفاء بقوله بيمينه إذا لم يكن مفسدا مبذرا ، وأما إذا كان مفسدا مبذرا فلا يكتفى بقوله ، ولو مع اليمين ، بل لابد من الاثبات بالبينة ،وقد قالوا ان تلك الأحكام ثابتة ولو كان المستحقون قدماتوا ، فإن شأنه مع ورثتهم يكون كشأنه معهم ، يقبل قوله من غير يمين إن لم يكن متهماً ، وبيمين إن كان متهماً على ما علمت من أحكام ذلك، بل قالوا إن هذه الأحكام هى المقررة،ولو كانت المحاسبة بعد عزل الناظر ،لأن الناظر كالوكيل ، والوكيل القول قوله فيما كان يملكه من

تصرفات ، ولو بعد العزل ، فكذلك يقبل قول الناظر فيما هو من تصرفاته بعد العزل كما يقبل قوله ، وولايته قائمة ثابتة .

٣٢١ — ولم يفرق الفقهاء بين كون المستحقين معينين محصورين أو غير محصورين ، كما لم تفرق كثرتهم بين كونهم مستحقين بمقتضى الشرط من غير أى عمل يقومون به ، وبين كونهم من أرباب الشعائر ، ولكن قد نبت فى عصور متأخرة فقيه فرق بين المستحقين بمجرد العطاء بشرط الواقف ، وبين أرباب الشعائر ، وأصحاب الوظائف ، كامام المسجد ، ومؤذنه وخادمه ، فأفتى بأن هؤلاء لو ادعى الناظر اعطاءهم مرتباتهم لا يقبل قوله فى شأنهم عند انكارهم إلا ببينة ، لأن هؤلاء يشبهون من يقومون بعمل استؤجروا عليه ، إذ ليس ما يأخذون صلة خالصة ولا تبرعا صرفا ، ومن استؤجر لعمل فى الوقف ، ككاتب يقيد شئون الوقف ، أو مشرف على الزراعة يرعاها ويرقبها لا يقبل قول الناظر فى إعطائه أجورهم إلا ببينة ، أو اقرار منهم ، فكذلك أرباب الشعائر ، وأصحاب الوظائف لأن ما رتب لهم فى نظير بعض الأعمال فكان كالأجرة[1] ، فله حكمها ، وقد ارتضى ذلك الرأى كثيرون من المتأخرين ، وعدوه تفصيلا حسنا ، وتفرقة بينة ، ولقد بين الرأى ومن اعتنقه ابن عابدين فى تنقيح الحامدية ، فقال : « أما دفعه لأرباب الوظائف ، فقد سئل المولى الهمام عمدة الأنام ، شيخ الإسلام أبو السعود أفندى العمادى مفتى السلطنة العلية عن سؤال رفع إليه فى دفع الوظيفة المعينة فى الوقف للخطيب أو الامام أو المؤذن ، هل يقبل قول الناظر فى ذلك بيمينه . فأجاب : لا يقبل ، لما فيها من جانب الاجارة ، وهو لو استأجر أجيراً لمصلحة المسجد ، ثم ادعى الدفع إليه لا يقبل ، بخلاف ما لو ادعى الدفع للموقوف عليهم كأولاد

---

(١) ولم يكن أجرة خالصة ، لأن له شبهاً بالاعانة ، إذ أن الامامة والآذان ونحوهما من الشعائر الدينية ليست من الأمور التى يستأجر المرء عليها ، لذلك كان ما يؤخذ فى نظيرها ليس أجرة من كل الوجوه ، وإن كان له حكمها فى نظر أبى السعود العمادى .

الواقف ، فإن القول قوله فى ذلك بيمينه ، وهو المراد بقولهم الموقوف عليهم ، لعدم ملاحظته جانب الاجارة فيهم . قال العلامة الشيخ محمد الغزى التمرتاشى فى فتاويه بعد ذكر هذه الفتوى ، وهو تفصيل غاية الحسن ، فليعمل به . وقال عطاء الله افندى فى مجموعته : سئل شيخ الإسلام زكريا أفندى عن هذه المسألة ، يعنى مسألة قبول قوله ، فأجاب بأنه إن كانت الوظيفة فى مقابلة الخدمة ، فهى أجرة ، لابد للمتولى من اثبات الأداء بالبينة ، وإلا فهى صلة وعطية يقبل فى أدائها قول المتولى مع يمينه ، وأفتى من بعده من المشايخ إلى هذا الزمان ، وبعد أن نقل ابن عابدين أقوال المعترضين على فتوى أبى السعود هذه ، صرح أنه يختارها ، ويرى العمل بها فى زمانه . ولذا قال : « قلت : تفصيل المولى أبى السعود فى غاية الحسن باعتبار التمثيل بالأجرة ، إذا استعمل الناظر رجلا فى عمارة يحتاج إلى البينة فى الدفع له ، فهى مثلها ، وقول العلماء محمول على الموقوف عليهم من الأولاد ، لا أرباب الوظائف المشروط عليهم العمل ، ألا ترى أنهم إذا لم يعملوا لا يستحقون الوظيفة ، فهى كالأجرة لا محالة ، وهو كأنه أجير ، فإذا اكتفينا بيمين الناظر ، يضيع عليه الأجر ، ولا سيما نظار هذا الزمان ، والله المستعان ، وهذا ما ظهر لنا فى هذا الأوان على حسب الامكان ، وبالله التوفيق ، وهو الهادى ، وعليه فى الأمور اعتمادى » .

فابن عابدين إذن يرى أن الأحوال فى عصره توجب الأخذ بفتوى أبى السعود ، وأن له وجهة من الفقه ، وأنه نظر دقيق مستقيم ، ولكن إذا أخذنا به ، فادعى الناظر اعطاءه ذوى الوظائف ، فأنكروا ولا بينة فمن أى جهة نعطيهم ، ومن الذى يضمن أجورهم ، قال بعض الفقهاء إن الناظر يضمن ، وهو ثمرة لفتوى أبى السعود ، ولكن قال ابن عابدين فى ذلك « أنه لا وجه لتضمين الناظر ، ولا وجه لاعتباره متعديا ، لأنه دفع حقاً لمن يستحقه ، فأين التعدى إذا لم يشهد !! وإلا لزم أن يضمن أيضاً فى مسألة استئجاره شخصاً للبناء ، إذا دفع له

الأجرة بلا بينة »[١] ولذا يختار ابن عابدين أن يضمن الوقف ، و هو ما اختاره صاحب الدر المختار ، إذ قال : « وأما إذا ادعى الصرف إلى وظائف المرتزقة ، فلا يقبلا قوله فى حقهم ، لكن لا يضمن ما أنكروه ، بل يدفع ثانية من مال الوقف » .

هذه خلاصة موجزة للأحكام التى ذكرها الفقهاء لمحاسبة النظار . وقد ذكروا أن المحاسبة إذا تمت على ذلك النحو لايجوز للمستحقين بعد اقرارها — أن يطلبوا المحاسبة مرة ثانية ، إلا إذا جدت أمور أخرى غير الأمور التى جرى الحساب عليها ، ولذا جاء فى تنقيح الحامدية : « سئل فيما إذا كان زيد متولياً على وقف بر ، وفى كل سنة يكتب مقبوضه ومصروفه بمعرفة القاضى بموجب دفتر ممضى بامضائه ، والآن أخذ شخص التولية عن زيد ، ويكلف زيدا أن يحاسبه على مقبوضه ومصروفه فى المدة الماضية ثانياً ، فهل يعمل بدفاتر المحاسبة الممضاة المذكورة ؟ فأجاب : نعم يعمل بدفاتر المحاسبة الممضاة بامضاء القضاة ، ولا يكلف المحاسبة ثانياً » .

٣٢٢ — تلك هى أحكام الفقهاء لمحاسبة النظار ، وجلها قام على حسن الظن كما علمت ، وقد دفع إلى حسن الظن حرصهم على ترغيب الناس فى إدارة الأوقاف ، لعزوفهم عن إدارتها ، ولأنهم كانوا يظنون الخير فى المتولين لأمور الأوقاف ، ويغلبون رجاء الخير فيهم على توقع الشر منهم ، ومع أن العظات قد وعظتهم والحوادث قد أنبأتهم عن النظار - بغير ما يعتقدون استمرت الأحكام الفقهية فى هذا الباب ، على أساس الثقة ، مع أن تلك الأحكام لم تقم على نص من كتاب أو سنة ، أو قياس صحيح على أمر منصوص ، بل قامت على حكمة ، لم تثبت والحكم الفقهية يجب أن تكون محكومة بالزمان ، ولا يصح أن تستمر حاكمة على العصور ،

---

(١) راجع رد المختار والدر المختار ، والتزام التبرعات لأستاذنا المرحوم أحمد إبراهيم .

فقد يحققها الزمان فيتحقق ما بنى عليها ، وربما لا يحققها الزمان ، فلا يتحقق ما بنى عليها ، وقد قامت الأدلة تترى فى كل عصر على أن أحكام النظار ومحاسباتهم يجب ألا تقام على فرض حسن الثقة ، بل يجب أن تقام على أساس الاحتراس من الخيانة وتوقيها قبل وقوعها ، ومن الحكمة أن نتوقى الأدواء ، وليس من الكياسة أن نغمض العين ، حتى يستمكن المرض ، ثم نعمد إلى العلاج ، فقد يعجز الطبيب وقد يتعصى الداء ، وقد يتعذر الدواء ، ورحم الله الإمام مالكا ، فقد كان يقول : « تحدث للناس أقضية على نحو ما أحدثوا من أمور » وقد كان من النظار ما كان فى الأوقاف ومستحقيها ، فوجب أن يحدث لهم من الأقضية ما يناسبها ويلائمها ، ويطب لأسقامها .

وإنا لنرى ألا يقبل من النظار شىء من الصرف للمستحقين ، أو غيرهم ، ممن له ولاية على مرافق الوقف ومصالحه إلا إذا كان معه ما يثبته من أدلة لاريب فيها ، ولا مجال للظن فى حجيتها ، ولا مطعن لطاعن فى قبولها ، سواء أكان الناظر معروفا بالأمانة أم غير معروف بها ، وسواء أكان مفسدا مبذرا أم مصلحا مقتصدا ، فإننا فى زمن يجب أن نعتصم فيه بسوء الظن ، ولا يصح أن نتورط فيه بحسن الظن ، فلا يصح للقاضى أن يقبل من البراهين على صدق الحساب ، إلا ما ثبت بأدلة كتابية ، أو ما أيده الخبراء فى ادعاء العمارة ونحوها ، ولا يصح الاكتفاء بالشهادة لأن الشهادات الآن أصبحت موضع التظنن ، وقد ضج الناس بالشكوى من شهود الزور ، وبهرجة كلامهم ، حتى لقد عدوه عيباً فى المحاكم الشرعية فى الماضى ، ولسنا فى مقام بيان أن الشريعة الإسلامية ، تعتمد الاستدلال بالخط والكتابة ، فإن ذلك مقام قد صار من البداهة بمكان عند كل من له المام بقواعد الفقه الإسلامى ومراميه ، وقد أفاض فى بيانه ابن القيم فى كتابه الطرق الحكمية ، كما أفاض فى بيانه الأستاذ الإمام محمد عبده فى تقريره عن المحاكم الشرعية ، وقد لخص كلام علية الفقهاء فى هذا المقام أستاذنا المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم فى موضعه من كتابه القيم طرق

القضاة ، فليرجع فيه ، فإن فيه الغناء ، ولذا نكتفى هنا بالإشارة إليه .

٣٢٣ — ومن أجل أن يسير النظار على نمط مستقيم بمقتضى النظر الفقهى السليم يجب ألا ينفقوا شيئاً فى الوقف ، أو يعطوا للمستحقين شيئاً إلا إذا صحبه إقرار كتابى ممن يقوم بعمل فى الأعيان الموقوفة ، أو من المستحقين إن كان الصرف إليهم ، وإن ذلك فوق أن فيه احتياطا للمحاسبة هو أمر أمر الله به الناس ، فإن الله قد أمر الناس عند التداين بأن يملى المستدين إقراراً بالدين، يكتب على أيدى شاهدى عدل، والمقام هنا يشبه المداينة تماماً ، فيطلب فيه ماطلبه الله فيها فى قوله تعالى : «يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى ، فاكتبوه ، وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله ، فليكتب ، وليملل الذى عليه الحق ، وليتق الله ربه ، ولا يبخس منه شيئاً ، فإن كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفاً ، أو لايستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل ، واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ، أن تضل احداهما فتذكر احداهما الأخرى ، ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ، ولا تسئموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا إلى أجله ، ذلكم أقسط عند الله ، وأقوم للشهادة ، وأدنى ألا ترتابوا ، إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم ، فليس عليكم جناح ألا تكتبوها ، واشهدوا إذا تبايعتم ، ولا يضار كاتب ولا شهيد ، وإن تفعلوا فإنه فسوق بكم ، واتقوا الله ويعلمكم الله ، والله بكل شىء عليم . وإن كنتم على سفر ، ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة ، فإن أمن بعضكم بعضا ، فليؤد الذى اؤتمن أمانته ، وليتق الله ربه ، ولا تكتموا الشهادة ، ومن يكتمها فإنه آثم قلبه ، واتقوا الله ويعلمكم الله والله بكل شىء عليم[1] » . ولا شك أن هذه الآيات فى

---

(١) قد استنبط الظاهرية من هذه الآيات ، ومن أحاديث فى هذا الباب ، وجوب الكتابة فى الديون ولو كانت صغيرة، ووجوب الاشهاد فى البيوع ، ولو كانت المبيعات تافهة. ولذا يقول ابن حزم فى المحلى فى التعليق على هذه الآيات الكريمات « هذه أوامر مغلظة =

دلالتها على أحكامها معقولة المعنى ، قد شرعت لعلة ، وقد بينت هذه العلة بالنص ، فهى تستفاد من الألفاظ ، ولا تتلمس مما وراءها ، وتلك العلة هى أن الكتاب من طرق منع الارتياب والشك وما يؤديان إليه من الاختلاف ، ولذا قال تعالى : « وادنى ألا ترتابوا » وأيضا فالكتابة طريق للاثبات الصحيح القويم الذى يقذف به على الباطل فيدمغه ولذا قال تعالى : « ذلك أقسط عند الله وأقوم للشهادة » ولاشك أن هذه المعانى تتحقق فى كتابة مصارف الوقف ، وغيرها مما يشبهها فيجب أن يكون حكمها كحكم المداينات ، وذلك ثابت بالقياس المنصوص على علته ، وإلحاق أمر لأمر قد بينت أسباب شرعته ، ولذا قال ابن القيم فى التعليق على هذه الآيات وحكمها : « هذا أصل عظيم ، فيجب أن يعرف ، وقد غلط فيه كثير من الناس ، فإن الله سبحانه وتعالى أمر بما يحفظ به الحق ، فلا يحتاج معه إلى يمين صاحبه ، وهو الكتاب والشهود ، لئلا يجحد الحق أو ينسى ، ويحتاج صاحبه إلى تذكير من لم يتذكر ، إما جحودا وأما نسيانا » .

= مؤكدة لاتحتمل تأويلا . أمر بالكتاب فى المداينة إلى أجل مسمى ، وبالاشهاد فى ذلك فى التجارة المدارة . كما أمر الشهداء ألا يأبوا أمراً مستويا . فمن أين صار عند هؤلاء القوم أحد الأوامر فرضا ، والآخر هملا ، وأخبر تعالى أن الكاتب لا يضار . ولا شك فى أن امتناعه من الكتاب مضارة . وأن امتناع الشاهد من الشهادة فسوق . ثم أكد تعالى أشد تأكيد ، ونهانا أن نسأم كتاب ما أمرنا بكتابه صغيراً كان أو كبيرا ، وأخبر تعالى أن ذلك أقسط عند الله ، وأقوم للشهادة ، وأدنى من ألا نرتاب ، وأسقط فى ترك الكتاب دون الاشهاد فى التجارة المدارة ، ولم يسقط الجناح فى ترك الكتاب فيما كان دينا إلى أجل مسمى ، وبهذا جاءت السنة . . . عن مجاهد فى قوله تعالى . « وأشهدوا إذا تبايعتم . قال كان ابن عمر إذا باع بنسيئة كتب وأشهد . . وقال محمد بن جرير الطبرى لا يحل لمسلم إذا باع أو اشترى إلا أن يشهد وإلا كان مخالفا لكتاب الله عز وجل ، وهكذا إن كان إلى أجل فعليه أن يكتب ويشهد إذا وجد كاتباً ، وهو قول جابر وغيره . . . » .

وقال أبو بكر الرازى فى التعليق على هذه الآيات أيضا : « وآية الدين بما فيها من ذكر الاحتياط بالكتاب والشهود المرضيين والرهن تنبيه على موضع ، صلاح الدين والدنيا معه . فأما فى الدنيا فصلاح ذات البين ، ونفى التنازع والاختلاف ، وفى التنازع والاختلاف فساد ذات البين ، وذهاب الدين والدنيا قال عز وجل : « ولا تنازعوا ، فتفشلوا وتذهب ريحكم » . وذلك المطلوب إذا إذ علم أن عليه دينا وشهودا ، أو كتابا أو رهنا بما عليه وثيقة فى يد الطالب ، قل الخلاف ، علما منه أن خلافه وبخسه لحق الطالب لا ينفعه ، بل يظهر كذبه بشهادة الشهود عليه ، وفيه وثيقة واحتياط للطالب وفى ذلك صلاح لهما جميعاً فى دينهما ، ودنياهما ، لأن فى تركه بخس حق الطالب ، صلاح دينه ، وفى جحوده وبخسه ذهاب دينه إذا علم وجوبه ، وكذلك الطالب إذا كانت له بينة وشهود أثبتوا ماله ، وإذا لم تكن بينة ، وجحد المطلوب حمله ذلك على مقابلته بمثله والمبالغة فى كيده ، حتى ربما لا يرضى بمقدار حقه ، دون الاضرار فى أضعافه متى أمكنه ، وذلك معلوم من أحوال عامة الناس » .

وترى من كلام هذين الفقيهين أنهما يريان أن الآيات معقولة المعنى ، شرعت أحكامها لعلة ، فتعم تلك الأحكام كل ما تتحقق فيه هذه العلة ، وتلك العلة كما ذكرنا هى منع الارتياب أو تقليله ، وكون الكتابة أقوم إلى تحقيق العدالة ، ولاشك أن ناظر الوقف إذا كتب موارد الوقف موردا موردا ، وأبوابه بابا ، بابا ، ودون فى سجل محفوظ لديه ، وأخذ الاقرارات الواجبة فى أوقاتها ، وأشهد على ذلك ان أمكنته الفرص والأحوال ، كان ذلك أمنع للريب ، وأدنى إلى الطمأنينة ، وكذلك إذا أثبت مصارف الوقف مصرفا مصرفا ، ودون ذلك فى سجله ، وأخذ الاقرارات فى ابانها ، وأشهد المستحقين بعضهم على بعض ، كان ذلك اقطع للخلاف ، وأقرب للثقة ، ومانعاً لكل ريب أوشك ، وفى الأثر « دع ما يريبك إلى مالا يريبك » ، فواجب إذن على النظار أن يقيدوا كل شىء مما يتعلق بموارد

الوقف ومصارفها فى سجيل ، وعلى القضاء تطبيقا لهذا أن يحمل النظار على ذلك بألا يقبل منهم فى البيان والحساب إلا ما أخذت به اقرارات ذوو الشأن ، ومن اتصلوا بالوقف اتصال عمل أو انفاق .

٣٢٤ — قد علم القارىء مما أسلفنا أن حساب النظار كان لا يسير فى نظام زمنى مستقر بحيث يحاسبون كل سنتين مثلا ، بل لا يحاسبون إلا عند الطعن فى أمانتهم، وطلب عزلهم لخيانتهم . أو عند طلبهم تقدير أجرهم ، أو طلبهم الأذن الاستدانة أو الاستبدال أو اعطاء حق القرار لمن يبنى فى الأرض ، أو يغرس فيها ، أو نحو ذلك من كل استئذان يستدعى العلم بالنظام المالى للوقف فى دخله وخرجه . وإن عدم جعل المحاسبة فى أدوار زمنية ، ومواعيد مقررة فى كل عام قد أدى إلى ضياع أموال الأوقاف وصيرورتها للنظار ، فأوغلوا فى الفساد ، وتمادوا فى الاهمال ، واضطربت الشئون ، وركبوا متن الشطط ، وحرموا المستحقين من حقوقهم ، واستغلوا ضعف هؤلاء استغلالا ظالما ، إذ اضطروهم إلى الرضا بما يتساقط من موائدهم ، وما يفضل بعد أن يشبعوا شهواتهم ، وإذا تمردوا ، وهموا بشكواهم منعوا عنهم الفضل الذى يتخذون منه قوام رزقهم ، فاضطروا تحت سلطان الفاقة والحاجة الملحة إلى الاستخذاء لتصرفاتهم ، والخضوع لسلطانهم ، والرضا بالقدر القليل الذى يلقونه إليهم ، وان أنغضوا رؤوسهم ، وامتنعوا عن الخضوع ، وتقدموا للمخاصمات وجدوا أمامهم فى الخصومة النظار أقوياء بالمال ونفقات التقاضى من أجور الوكلاء ، ورسوم المقاضاة ، ومشقة البحث هنا وهناك ، وقد يكون الاستحقاق لنساء ضعيفات لا حول لهن ولا طول ، فيقعن فريسة للقادرين من ذويهن ، فيسلبونهن ما بقى لديهن من عتاد ، ومال ، وإذا وصل المستحقون إلى ما يرغبون وابتدأت المحكمة فى المحاسبة ، لا يكون ذلك إلا بعد أن يكون النظار قد ملئوا بطونهم ، واحتازوا أموال الأوقاف ، وعفت آثار الجريمة ، ودلائل الخيانة ، فيتعذر تعرف الحق وسط غياهب الباطل ، وما يثار

من الغبار ، لتعشى الأعين ، فلا ترى دلائل الافساد ، ومظاهر الاختلاس ، وقد يصطنع بعض المستحقين بالترغيب ، ليتخذ منهم حجة على أولئك الذين لم يؤثر فيهم الترهيب ، وما كان علاج لذلك الداء الدوى إلا جعل الحساب فى مواعيد مقررة ثابتة كل عام ، وأن يوضع للمحاسبة نظام يشبه ما كان عليه نظام المجالس الحسبية فى رقابتها على الأوصياء ، ومراعاتها لحقوق اليتامى وان ذلك فوق أنه يحفظ الحقوق يقضى على أسباب النزاع ، ويسد بابا من أبواب الخصومات ، ويضمن إلى حد ما تنفيذ شروط الواقفين ، وتحقيق الأغراض الساميه التى تنطوى عليها بعض تلك الشروط .

٣٢٥ — ولقد همت الحكومة حوالى سنة ١٩٣٢ بوضع قانون لمحاسبة النظار ووضعت مشروعه إذ ذاك وزارة الأوقاف على أن تكون المحاسبة أمامها ، ثم اتجهت أذهان القضاة الشرعيين حينذاك ـ عندما طلب إليهم أن يدلوا بآرائهم فى اصلاح الوقف ـ إلى أن تكون المحاسبة أمام المحاكم الشرعية ، لا أمام وزارة الأوقاف ، ولقد اقترح بعضهم ذلك المشروع الذى نوهنا إليه فى أول بحثنا ، وكان حسنا فعل هؤلاء القضاة ، بل كان لازما جد لازم ما ارتأوه ، فإن وزارة الأوقاف ما كانت إذ ذاك بمستطيعة أن تقوم بما هو من عملها ، ومن ألزم ما نشأت لأجله ، وإذا كانت عاجزة عن القيام بشئونها فى ذلك الوقت ، فكيف يزاد عليها أعمال أخرى ، وقد نقدنا ذلك المشروع الذى تقدم به القضاه ، ووجه النقد ، هو فى أنهم استثنوا من أحكام المحاسبة التى نص عليها مشروعهم وزارة الأوقاف ، إذ جاء فى المادة العاشرة من ذلك المشروع : « لا تسرى أحكام هذه المواد على الأوقاف التى تديرها وزراة الأوقاف ، والخاصة الملكية والأوقاف التى انحصر فيها النظر والاستحقاق لشخص بعينه ، أو أشخاص معينين » فإن استثناء وزارة الأوقاف من المحاسبة وغيرها أمر موضع نظر ، خصوصاً بعد أن كان قد ظهر ما ظهر فى تلك الوزارة وغيرها مما ضج الناس

بالشكوى منه فى ذلك الإبان، وما جعل الحكومة تنشىء اللجان ، وتغير وتبدل فى الأعضاء لرتق الفتق ، ولسد الثلم ، ولرفع المظالم ، فكان حقا على كل واضح مشروع أن يجعل للقضاء رقابة على تصرفات الوزارة ، ليعين الحكومة على اصلاحها فى ذلك الوقت ، وليكون منه مرشد دائم إلى موضع الدواء ، حتى يجتث من جذوره ، ويقتلع من أصله ،ويعرف القائمون وغيرها مواضع الضعف ، ومكامن دائها ، والعش الذى يدرج فيه الشر .

وفوق ذلك ليس من الحق والعدل أن نحرم المستحقين فى وزارة الأوقاف مما كان يتمتع به المستحقون الذين ليسوا تحت رعايتها ، ولم يستظلوا بظلها،فإذا تمتع هؤلاء بحق القضاء فى محاسبة النظار الذين تولوا أوقافهم ، فمن حق المستحقين فى أوقاف الوزارة أن ينتفعوا بذلك ، وقد أثبتت الحوادث القارعة فى الماضى أن تصرفات الوزارة وغيرها لم تقل خطلا ، وفساد مغبة عن تصرفات النظار،وإن كان كبار القائمين بشئونها يتوافر فيهم حسن المقصد ، وشرف الغاية ، وحب الإصلاح ، فإن الأعوان قد ساءوا سبيلا . فكان على القضاء أن يعين الذين يشرفون على أعمال الوزارة على اصلاح أعوانهم ، ووضع أيديهم على عيوبهم، ليتقوا سوء العقبى .

ولم يكن استثناء وزارة الأوقاف وغيرها من الجهات هو موضع النقد وحده، بل كان من مواضع النقد فى ذلك المشروع استثناء من انحصر فيه الاستحقاق والنظر من أحكام المحاسبة ، وعدم تقييده بقيودها،فإن الوقف يجب أن يلاحظ فيه حق الأجيال المقبلة التى تستحق فيه ، ومن الحق علينا ألا نسلمه إليهم إلا صالحاً للاستغلال ،قابلا للنماء ، يدر عليهم ماينفعهم ، وقد يجر ترك محاسبه من انحصر فيه النظر والاستحقاق إلى ترك عمارته واصلاحه ، فيجف معين الغلة فيه فى المستقبل ، وتضيع فيه حقوق الذين يلونه فى الاستحقاق ، لذا وجب أن يحاسب أولئك النظار على العمارة والاصلاح ، ومقدار ما يحفظونه له من الغلات كل عام ، نعم أن حساب هؤلاء لا يصح أن يكون عسيرا ، ولا أن يكون فى درجة حساب النظار الذين لم ينحصر فيهم الاستحقاق ، بيد أنه يجب أن يكون لهم حساب على أية حال ، والله ولى التدبير .

٣٢٦ — وليس جعل الحساب منظما دوريا يكون فى كل عام ، على سنة متبعة ، وطريقة مفروضة بدعا فى الفقه الإسلامى ، ولا بديئا فيه من كل الوجوه ، فقد جاء فى كتب الحنابلة ما يفيد أن للإمام أن ينشىء ديوانا خاصا لمحاسبة النظار كل عام ، إذ جاء فى كشاف القناع ما نصه : « ولولى الأمر أن ينصب ديوانا مستوفيا لحساب أموال الأوقاف عند المصلحة ، كما له أن ينصب دواوين لحساب الأموال السلطانية ، كالفىء وغيره ، مما يئول إلى بيت المال من تركات ونحوها ، ولولى الأمر أن يفرض للمستوفى على حساب أموال الأوقاف على عمله ما يستحق مثله من مال يعمل فيه بمقدار ذلك المال الذى يعمل فيه . وإذا قام المستوفى بما عليه من العمل استحق ما فرض له ، وإن لم يقم به لم يستحقه ، ولم يجز له أخذه ، ولا يعمل بالدفتر الممضى منه ، المعروف فى زمننا بالمحاسبات ، فى منع مستحق ونحوه ، إذا كان بمجرد املاء الناظر والكاتب ، على ما اعتيد فى هذه الازمنة » ومن هذا النص نستنبط أن ولى الأمر له أن ينشىء ديوانا لمحاسبة النظار ، واستيفاء البيان بما تحت أيديهم من أموال الأوقاف ، ليعرف التفصيل عن مواردها ، أو وجوه الانفاق فيها ، والتثبت من تنفيذ شروط الواقفين ، وكنا نرى أنه يجب أن تضاف أعمال ذلك الديوان إلى القاضى الشرعى فى إبان وجوده ، لأنه كان السلطة المختصة بتعرف السائغ والممنوع من تصرفات النظار ، من حيث تنفيذ الشروط فيها ، وانطباقها على مرامى الشرع ومقاصده ، ووجوه المصلحة فيها ، وبالتالى هو الذى يعرف ما للناظر من حق شرعى ، وما نيط به من واجب عليه بمقتضى أحكام الشريعة أداؤه ، ولأن كل تحقيق له جزاء يجب أن يسند إلى السلطة القضائية ، ولاشك أن المحاسبة تحقيق لها جزاء مادى ، وأدبى ، إذ قد تنتج تعويضا وغرما ، وقد تنتج كفا وعزلا ، وكلاهما عقوبة مادية ومعنوية معا .

صفـــة ناظر الوقف

٣٢٧ — ناظر الوقف أمين على ما تحت يده من أموال الوقف ، سواء أكانت تلك الأموال بدل أعيان الوقف ، أم كانت مدخرا من الغلات للعمارة أو الاصلاح ، أم كانت مالا للمستحقين لم يوزعه عليهم ، لعدم مجيء وقت التوزيع ؛ فيده على هذا كله يد أمانة ، لا يد ضمان ، ولذا إذا هلك شيء منه من غير تعديه ، ومع عدم تقصيره فى الحفظ ، فلا يضمن إذن ما هلك بآفة سماوية ، أو بأمر ليس فى مقدوره دفعه ، ولا الاحتياط له ، ولكن إذ كان الهالك غلات للمستحقين قد طلبوها منه ، فامتنع عن دفعها إليهم بغير مسوغ شرعى ، ثم هلكت بعد ذلك فإنه يضمن ، لأن يده فى هذه الحال ليست يدا أمينة ، بل يد معتدية ضامنة ، كذلك يضمن إذا كان الهلاك بتعديه أو لتقصيره فى الحفظ ، لأنه أمين يأخذ أجرا على الحفظ ، فواجب عليه ألا يقصر فيه ، فإذا قصر ضمن ، ويضمن أيضا إذا تصرف تصرفا ترتب عليه ضرر بالوقف ، كأن يعطى الغلات للمستحقين ، والوقف يحتاج إلى عمارة ، أو عليه دين قد وجب أداؤه ، وفى الجملة يضمن بتعديه وتقصيره فى الحفظ ، وفى كل تصرف لا يجوز له ، ويترتب عليه غرم مالى للوقف .

وإذا مات وتحت يده أموال للوقف لم يعرف شيء من أمرها ، أأنفقها فى وجوهها ، أم أنفقها فى غير وجوهها ، أم خلطها بماله خلطا لا يمكن معه التمييز ، (ويسمى فى هذه الحال مجهلا) فالحكم أنه يضمن شيئين بلا خلاف : أحدهما غلات الوقف التى يستحقها المستحقون ، وقد طالبوه بها ، ولم يؤدها لهم ، وامتنع بغير وجه شرعى ، لأن يده فى هذه الحال ليست يدا أمينة ، فيضمن ، وإذا كان يضمن فى هذه الحال إذا هلكت ، ولو كان الهلاك بأمر ليس فى مقدوره دفعه ، فبالأولى يضمن إذا لم تعلم من بين ماله ، ولا إلى أين ذهبت ، وفى أى مصرف أنفقها .

(ثانيهما) مال البدل الذى تحت يده (كأن يكون قد باع عينا من أعيان الوقف ليستبدل بها غيرها ، فمات ولم يعلم مكان ثمنها) فإنه يضمنه لأن الأصل

فى الأمين أنه إذا مات مجهلا ضمن ، لأن التجهيل استهلاك ، اللهم إذا كان للأمين حق التصرف فى الأمانة فلا يضمن ، إذ عساه يكون قد أنفقها فى بعض الوجوه الجائزة له ، ولما كان مال البدل ليس له إلا وجه واحد ، وهو أن يشترى به وقفا يحل محل الأول ، ولو كان قد اشترى ذلك البدل ، لكان معلوما بيقين ، فموته مجهلا إذن قرينة على أنه لم يشتر بمال البدل ما يكون بدلا ، فعليه الضمان ، لأنه لم يبق إلا أنه استهلكه بذلك التجهيل .

وإذا لم يكن ما تحت يد الناظر غلات المستحقين قد طالبوه فامتنع ، من غير مسوغ ، ولم يكن مال بدل قد حفظ ليشترى به ما يحل محل الوقف أو بعضه — فقد اختلفت الأقوال ، فقال الأكثرون من فقهاء الحنيفة أنه لا يضمن لجواز أن يكون قد أنفق المال الذى تحت يده فى وجوه سائغة له شرعا ، ولاضمان على الأمين إلا إذا ثبت يقينا منه التعدى أو التقصير ، ولا يثبت التعدى مع ذلك الجواز الذى ذكرنا ، وقال الطرسوسى إنه إذا كان معروفا بالأمانة يضمن ، وإذا كان متهما أو غير معروف بها لا يضمن ، ولذا جاء فى أنفع الوسائل ما نصه : « الذى أقوله أن يكون التفصيل فيها ، أنه ان حصل طلب المستحقين منه المال وأخر ، ثم مات مجهلا يضمن ، وان لم يحصل طلب منهم ومات مجهلا ، فينبغى أن يقال أيضا ، إن كان محمودا بين الناس ، معروفا بالديانة والأمانة ، فلا ضمان عليه ، وإن لم يكن كذلك ، ومضى زمن ، والمال فى يده ولم يفرقه ، ولم يمنعه من ذلك مانع شرعى أنه يضمن ، والله أعلم ،وقال قاضيخان إذا كانت الغلات للانفاق على المسجد ونحوه ، فلا يضمن ، لتعدد أوجه الانفاق ، وعساه يكون قد أنفق فى أحدها ، من غير اعلام ، وإذا كانت الغلات لمستحقين معينين فهو ضامن ، لأنه ليس هناك إلا وجه واحد ، وهو اعطاؤها لأصحابها ، ولم يعطها بيقين ، فهو ضامن ككل الأمناء إذا ماتوا مجهلين ، ولقد جاء فى العقود الدرية : « ينبغى أن يلحق بغلة المسجد ما إذا شرط ترك شىء فى يد الناظر للعمارة والله أعلم » .

وقيد بعض الفقهاء الضمان للمستحقين بعدم الموت فجأة ، أما أن مات فجأة فلا يضمن ، لعدم تمكنه من البيان .

ومن هذا كله علمت إجماع الفقهاء على أن يده يد أمانة ، وأنه أمين على ما تحت يده من أموال الوقف ، غلات وغيرها .

٣٢٨ — هذا ما يتعلق بصفته من حيث ما بيده من أموال يجب عليه المحافظة عليها ، وأما صفته من حيث تصرفاته ، فقد قرر الفقهاء أنه فى تصرفاته نائب عن غيره ، وليس أصيلا فيها ، فمحمد يرى أنه نائب عن الفقراء والمستحقين ، لأنه يقام للنظر فى مصالحهم ، والتحدث فى شئونهم ، سواء أكان مولى من قبل الواقف أم كان مولى من قبل القاضى ، وسواء أكان فى حياة الواقف أم بعد وفاته ، ومثله فى ذلك مثل من يقام للمخاصمة عن الغائب ، أو لحفظ أمواله ورعايتها ، فهو يتصرف ويتكلم فيما هو من مصلحته ، ويعتبر قائما مقامه فى ذلك التصرف ، وإن لم يكن مقاما من قبله ، ومختارا منه ، وكذلك حال ناظر الوقف بالنسبة للفقراء وسائر المستحقين ، وكل جهات الوقف عند الإمام محمد رضى الله عنه ، يتصرف فى مصلحة الوقف عنهم ، وإن لم يختاروه ويقيموه .

وعند أبى يوسف هو نائب عمن أقامه فإن أقامه القاضى ، فهو وكيل عنه ، ولذا كان له أن يعزله القاضى الذى ولاه ، ولو لم يكن هناك سبب ، ولكن وكالته عن القاضى ليست وكالة خالصة . لأن تعيين القاضى له فى معنى الحكم ، كما هو فى معنى الوكالة ولذا لم يعزل إذا عزل القاضى الذى ولاه ، أما إذا كان مولى من قبل الواقف فى حياته ، فهو عند أبى يوسف وكيل عن الواقف ، له كل أحكام الوكلاء ، فله عزله فى أى وقت شاء ، وعن أى تصرف أراد ، وينعزل بموت الواقف ، كما يعزل بعزله نفسه بشرط أن يعلم الواقف ، وفى الجملة له كل أحكام الوكيل مادامت ولايته مقصورة على حياة الوقف ، ، وأما إن كانت ولايته فى حياة الواقف وبعد وفاته ، أو بعد وفاته فقط ، فهو فى تصرفاته بعد

وفاة الواقف وصى للواقف ، له حكم الأوصياء بالنسبة لأموال الوقف ، ولذا إذا قال الواقف لرجل أنت وصى عنى بعد وفاتى كان وصيا على يتاماه ووليا على وقفه ، وإن لم يذكر من أمر الوقف شيئا ، وانظر إلى ما قاله صاحب الإسعاف فى شأن تعيين المتولى ، يتبين لك منه أنه وصى ، فقد جاء فيه : « ولو كان له وقف فجعل عند مرضه رجلا وصيا ، ولم يذكر من أمر الوقف شيئا ، تكون ولايته إلى الوصى ، ولو قال أنت وصيي فى أمر الوقف ، قال هلال هو وصى فى الوقف فقط ، على قولنا وقول أبى يوسف ، وعلى قول أبى حنيفة هو وصى فى الأشياء كلها ، وجعل قاضيخان أبا يوسف مع أبى حنيفة ، فكان عنه روايتان ، ولو جعل ولايته إلى رجلين بعد موته ، وأوصى أحدهما إلى الآخر فى أمر الوقف . ومات جاز له التصرف فى أمره كله بمفرده، وروى يوسف بن خالد السمتى عن أبى حنيفة أنه لا يجوز ، لأن الواقف لم يرض إلا برأيهما ، ولم يرض برأى أحدهما . وعلى قياس قول أبى يوسف ينبغى أن يجوز انفراد كل منهما بالتصرف ، وإن لم يوص به إلى صاحبه ، كما لو أوصى إلى رجلين ، فإنه يجوز انفراد كل منهما بالتصرف عنده ، وكل هذه من أحكام الأوصياء ، والناظر المولى من قبل الواقف بعد وفاته له أن يوصى لغيره فى أى وقت شاء فى الصحة أو فى المرض ، ويكون إيصاؤه لازما من بعد وفاته ما لم يكن فى تنفيذه مخالفة لشرط الواقف فى الولاية ، كأن يعين الواقف الناظر الذى يعقبه بالشخص أو بالوصف . وما كان للناظر حق إلا لأنه وصى مختار ، إذ الوصى المختار له حق الإيصاء لغيره ، وهذا كله يدل على أنه له كل الأوصاف الشرعية التى أعطاها الفقهاء للوصى عند أبى يوسف .

٣٢٩ — مما سبق كله علمت أن يد الناظر يد أمانة ، وأنها يد نائبة فى التصرفات ، وليست يد أصيل من كل الوجوه ، فإذا خان الأمانة ،وأساء التصرف قاصدا الأساءة ، وغمط الحقوق ، وانتقلت يده من يد مصلحة إلى يد مدمرة ، حق عليه الغرم ، ووجب عليه التعويض ، ولا مانع من أن توضع زواجر رادعة للنظار الخائنين ليكونوا عبرة لغيرهم ، وتذكرة بالحق الواجب لمن يكون

مظنة الوقوع فيما وقعوا فيه ، وارتكاب مثل ما ارتكبوا ، وقد كان بعض القضاة فى الأزمنة السابقة يستخدمون السوط فى زجر النظار ، وقد سقنا فيما أسلفنا من القول الحديث عن أبى الطاهر عبد الملك بن محمد الحزمى الذى ولى قضاء مصر سنة ١٧٣ ﻫ إذ كان يتفقد الأحباس بنفسه ثلاثة ايام فى كل شهر ، يأمر بمرمتها واصلاحها وكنس ترابها ، ومعه طائفة من عماله عليها ، فإن رأى خللا فى شىء منها ضرب المتولى عشر جلدات » ، وقد كان ذلك من باب التعزير الذى اعطاه ولى الأمر القضاة فيما مضى ، لم يبق فى يد القاضى الذى كان يتولى شئون الأوقاف سلطة العقاب إلا فى أحوال محدودة ، وأصبح حق العقاب لغيره ، فقد أخذ السوط منه ، وأصبحنا لا نرجع فى وضع زواجر للنظار إليه ،ولم تكن حماية للمستحقين بالردع عنده ، فهل فى القوانين الحاضرة ما يجعل الخائنين من النظار تحت ردع قاهر ، ويمكن القضاء من أن يرتب على جرائمهم عقوبات صارمة ؟

ولم يكن فى قانون العقوبات المصرى نص صريح قاطع يعاقب بمقتضاه نظار الأوقاف ، ولكن كان فيه المادة ٢٩٦ فى قانون العقوبات القديم يدخل بتوسعه فى فهمها ناظر الوقف فى عموم من تنطبق عليهم عقوبتها ، كما اختار بعض الشراح وبعض المحاكم ، وقبل أن نبين مقدار قوة هذا الرأى ننقل إليك نص هذه المادة ، وبعض ماقاله أهل الخبرة فى شرحها ، وهذا نص المادة : « كل من اختلس ، أو استعمل ، أو بدد مبالغ أو أمتعة أو بضائع ، أو نقوداً ، أو تذاكر ، أو كتابات أخرى مشتملة على تملك أو مخالصة ، أوغير ذلك إضراراً بمالكيها أو أصحابها ، أو واضعى اليد عليها ، وكانت الأشياء المذكورة لم تسلم إليه إلا على وجه الوديعة ، أو الاجارة ، أو على سبيل عارية الاستعمال ، أو الرهن ، أو كانت سلمت إليه بصفة كونه وكيلا بأجرة أو مجاناً ، بقصد عرضها للبيع ، أو بيعها ، أو استعمالها فى أمر معين لمنفعة المالك لها أو غيره ، يحكم عليه بالحبس ، ويجوز أن يزاد عليه غرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصرى » .

وقد ذكر الأستاذ المرحوم أحمد أمين فى شرحه لقانون العقوبات أن أركان

الجريمة التى تبينها هذه المادة خمسة ، هى : « (١) حصول اختلاس ، أو استعمال ، أو تبديد (٢) حلول الضرر بالمجنى عليه (٣) أن يكون الاختلاس أو الاستعمال أو التبديد واقعا على متاع أو منقول (٤) أن يكون المنقول قد سلم إلى الجانى بمقتضى عقد من العقود التى نصت عليها المادة وهى الوديعة ، والاجارة وعارية الاستعمال ، والرهن والوكالة (٥) القصد الجنائى [1] .

وبتطبيق هذه الأركان على ناظر الوقف الذى يبدد الغلات ، وينفقها فى مصالحه ، ويتصرف فيها على أنها ملك له نرى أنها تنطبق على ما تصرفه ما عدا الركن الرابع ، ولكن الشراح قد توسعوا فى تفسيره توسعاً جعل المادة تظل ناظر الوقف المبدد ، وتحيط به من كل جانب ، فلم يشترطوا فى التسليم أن يكون من المجنى عليه « بل يكفى أن الجانى قد تسلم الشئ ، ولو من شخص آخر ليحفظه على ذمة المجنى عليه ، أو ليستعمله فى أمر معين لمنفعة المجنى عليه ، فالوكيل الذى يقبض أجور الأطيان ليحفظها لحساب موكله يعاقب بمقتضى المادة ٢٩٦ع إذا بدد هذه الأموال »[2] . ولم تقف المحاكم والشراح عند حد العقود المنصوص عليها ، بل أدخلوا فى عمومها كل ما يشبهها فى معناها ، وقاسوا عليها كل ما اشترك معها فى خواصها وصفاتها ، ولذا توسعوا فى معنى الوكالة ، فجعلوها تشمل كل ما يدخل فى معناها فى القانون المدنى ، « فيجوز أن يكون الوكيل وكيلا بمقتضى عقد ، أو بحكم القانون، أو بمقتضى حكم ، أو أمر قضائى ، ويصح أن تكون الوكالة صريحة أو ضمنية »[3] ولهذا أدخل الأستاذ المرحوم أحمد أمين الوصى وناظر الوقف ، فى حكم هذه المادة فجاء فى شرحه ما نصه : « يدخل فى حكم المادة ٢٩٦ الشخص الذى نصب وصيا على قصر ، سواء أكان وصيا مختارا ، أم كان معينا من

---

(١) شرح قانون العقوبات القسم الخاص ٧٧٧ .

(٢) أحمد أمين .

(٣) نقض ٢٢ مارس سنة ١٩١٣ .

الحاكم ، كما يدخل فى ذلك القيم على المحجور عليه ، ووكيل الغائب ، وناظر الوقف ، والحارس القضائى الذى تعينه المحكمة لإدارة أموال متنازع عليها .

٣٣٠ — ونرى فى هذا كله أن شراح القانون لم يأخذوا بظاهر المادة ، بل نظروا إلى معناها ، وقاسوا على ما تدل عليه ظواهر نصوصها ، كل ما يتحقق فيه معناها ولبها ، ولذا أدخلوا بحق فى عمومها الوصى على القاصر ، والقيم على المحجور عليه ، وناظر الوقف ، غير أن المحاكم فيما يظهر كانت قد تطابقت كلمتها على إدخال الوصى ، واختلفت أحكامها فى ناظر الوقف. فكانت أحكام محكمة النقض تجىء تترى تدخل الوصى فى حكم المادة ٢٩٦ وتقول إحدى دوائرها فى أسباب حكمها « انه ليس من المعقول أن يؤاخذ وكيل الراشد بما يبدده الراشد من المال ، مع قدرة صاحب المال على حمايته منه ، ويترك وصى القاصر إذا خان مع ضعف القاصر ، وقد نصت المادة ٤٤٣ من كتاب الأحوال الشخصية على أن للقاضى عزل الوصى المختار إذا لم تتوافر فيه شروط الأمانة ، وليس فى الشريعة ما يخليه من العقوبة إذا خان ، وأن الوصى المعين من قبل المجلس الحسبى يعتبر فى القوانين الوضعية من الوكلاء الذين ينطبق عليهم نص المـــادة ٢٩٦ ع » . وذلك كله حق لا ريب فيه ، وقد أحسنت المحكمة صنعا ، إذ بينت أن وصى القاصر أحق بالعقاب من وكيل الراشد ، وبذلك بينت أن حكم المادة ٢٩٦ إن لم يشمل الأوصياء بدلالة الألفاظ ، فقد شملها بحكم معناها أو على حد تعبير علماء أصول الفقه بدلالة الأولى ، أو بالقياس الجلى [1] . ومن الحق أن نقول ان ذلك النوع من الفهم يمكن أن يستخدم فى تطبيق المادة على ناظر الوقف ، فإن ناظر الوقف كان يتصرف فى أموال مستحقين ، هم فى الغالب من الضعفاء الذين لا حول

---

(١) دلالة الأولى أو القياس الجلى وقد يعبر عنها بدلالة النص ، وهى الدلالة التى تثبت من المعنى لا من اللفظ ، وتكون واضحة بحيث يفهمها كل من يعرف اللغة ، كأن يفهم النهى عن ضرب الوالدين من قوله تعالى (فلا تقل لهما أف) .

لهم ولا طول، وقد يكون الوقف على جهة بر ، يجب على الشارع حمايتها ، إذ لا حامى لها سواه ، ولا راعى لها غيره ، وإذا كان للمال صاحب يحميه ، فتلك قد فقدت الحامى الخاص ، وليس لها إلا الحامى العام ، وإذا كانت هناك عقوبة ترقب من يبدد المال الخاص ، فبالأولى تكون تلك العقوبة لمن يبدد أموال الأوقاف ، ومن جهة أخرى فناظر الوقف كما بينا وكيل أو وصى فلا يصح أن يعفى من عقوبة المادة ٢٩٦ إذا تحققت فيه بقية أركانها ، وهى متحققة لا محالة إذا بدد الغلات ، أو تصرف فيها تصرف الملاك ، هذه حقائق نراها واضحة .

٣٣١ — ولكن محكمة النقض والإبرام صدر عنها حكم فى ٧ يونيه سنة ١٩٢٦ بغير ذلك ، وقد جاء فى أسبابه ما نصه :

« وحيث أن المادة ٢٩٦ من قانون العقوبات ذكرت من بين الأشخاص الذين تجب معاقبتهم الوكلاء إذا اختلسوا الأموال التى يتسلمونها بمقتضى صفتهم هذه ، وحيث انه لمعرفة ما إذا كان ناظر الوقف تنطبق عليه صفة الوكيل أم لا ، يتعين الرجوع إلى أحكام الشريعة السمحة فى هذا الصدد ، وحيث إنه بالرجوع إلى أحكام الشريعة يتضح من مجموعها وجود فروق بين ناظر الوقف والوكيل ، منها أن الأول لا يملك عزل نفسه ، أما الثانى فله أن يعزل نفسه متى شاء ، ومنها أن الأول له أن يوكل متى أراد فى إدارة شئون الوقف ، أما الثانى فلا يملك أن يوكل عنه أحدا ، إلا إذا كان مصرحا له بذلك فى صك وكالته ، ومنها أن الواقف إذا عين ناظراً على جزء من وقفه ، ولم يعين ناظراً على الباقى ، وتوفى يصبح الناظر المذكور ناظرا على جميع الوقف ، أما الوكيل فلا تتعدى وكالته ما بين فى عقد وكالته ، إلى غير ذلك من الأحوال التى يستنتج منها بجلاء أنه لا يمكن اعتبار ناظر الوقف بمثابة الوكيل ، ومعاملته بهذه الصفة جنائيا ، وإنما تكون مسئوليته فى إدارة شئون الوقف مدنية محضة » .

ومن تلك الأسباب نرى أن الهيئة المحترمة التى أصدرت ذلك الحكم تبين منع تطبيق المادة ٢٩٦ على ناظر الوقف المختلس المبدد على الخواص الشرعية

التى أعطتها الشريعة الإسلامية السمحة لناظر الوقف ، ولم تعطها للوكيل ، فهما إذن مفترقان فى الخواص الشرعية ، فيفترقان فى الأحكام المبنية عليها ، وإن فيما ذكرته من فروق – مناقشة فى اثبات أصله ، وعلى فرض وجوده لا ينبنى عليه امتناع تطبيق تلك المادة ، أعنى أن هذه الفروق على فرض تسليمها لاتنتج المطلوب ، لأن شرط الانتاج (على حد تعبير المناطقة) وهو التلازم بين المقدمة والنتيجة غير متوافر ، وهذا اجمال نفصله فى ذلك البيان :

(ا) قد ذكرت الهيئة المحترمة أن ناظر الوقف لايملك عزل نفسه ، وان له أن يوكل من شاء فى أى وقت شاء من غير حاجة إلى نص على ذلك ، وأن ناظر الوقف إذا عين على جزء كان ناظرا على الوقف ما لم يرد نص صريح بالمنع ، وهذه أحكام لاتوجد فى الوكيل ، فكانت هذه فروقا مانعة من أن يعطى الناظر حكم الوكيل فى تطبيق تلك المادة عليه ، ونحن نخالف الهيئة المحترمة فى الفرق الأول ، فان ناظر الوقف يملك عزل نفسه فى أى وقت ، كما استبان لك مما قررنا فى أحكام التفويض ، فان له أن يفرغ نفسه ، ولكن لاينعزل الناظر المولى من قبل القاضى ، أو المولى من قبل الواقف بعد وفاته ، إلا إذا أقر القاضى ذلك التفريغ ، وكان هذا حرصا على مصلحة الأوقاف ، إذ لو اعتبرناه معزولا عن كل تصرف بمجرد قوله ذلك – لكانت إدارة الوقف شاغرة فى الوقت الذى يكون بين عزل الناظر نفسه ، وتعيين الناظر الجديد ، وفى ذلك إضرار بالوقف وضياع له ، وحق العزل مع ذلك القيد ، لا يمنع أن الناظر يثبت له ذلك الحق ، وأن أصله مقرر معتبر ، غير أنه مقيد بقيود منعا للضرر والضياع ، وذلك له نظير فى الوكالة ، فالوكيل بالخصومة له حق عزل نفسه ، ولكن ذلك الحق مقيد بقيود لمنع الضرر بالموكل ، حتى لايترتب على العزل ضرر بسببه ، ما كان يتوقعه ، والمحامى المندوب ، وهو وكيل مقام قد يصيبه غرم بقضاء القاضى ان عزل نفسه ، ومن تلك الأمثال والأشباه نرى أن تقييد حق العزل لا يأتى على أصله

بالنقض ، لحق الناظر فى عزل نفسه ثابت له ، وإن كان مقيدا بقيود ، قوامها منع الأضرار عن الأحباس .

(ب) أما الفرق الثانى ، وهو كون الناظر له أن يوكل فيما عهد إليه من إدارة الوقف من غير نص على ذلك ، فنقول فيه إن ذلك لا يخرج يد الناظر عن كونها يدا نائبة ، لا يدا أصيلة ، وأن ذلك الحق كان للناظر لطبيعة العمل الذى عهد إليه ، إذا إدارة الوقف متشعبة خصوصاً فى الأوقاف الكبيرة التى تنوعت عقاراتها ، وكثرت مساحتها ، وما كان كذلك من الأعمال يديره مديره بنفسه فى بعض أحواله ، وبنائبه فى بعضها ، ولم تكن ثمة حاجة إلى النص على جواز الإنابة ، لأن الإدارة تقتضيها ، وما جاء مقتضى للشيء يكون فى مقام النص عليه ، والتصريح به ، وان من الوكلاء ما يكون له ذلك الحق من غير نص ، فالمحامون الآن لهم أن ينيبوا غيرهم من المحامين فى الخصومة فى مجلس القضاء ، وإن لم ينص على ذلك فى عقد الوكالة أو الاتفاق الذى بمقتضاه يتكلم المحامى عن الخصم ، فهل يخرج بذلك المحامى عن كونه وكيلا فى الخصومة ، وليس أصيلا فيها !!

(ح) أما الفرق الثالث ، وهو أن الناظر إذا عين فى بعض الوقت كان ناظرا فى الجميع يعنى أن النظارة لا تخصص بالتخصيص ، والوكيل ليس كذلك فنقول ان تلك القضية على عمـــومها ليست صادقة من كل الوجوه ، فإنها لا تصدق فى الناظر المعين من قبل الواقف فى حال حياته ، فإنه يقبل التخصيص ككل الوكلاء ، وأما الذى لا يقبل التخصيص فهو الناظر المعين من قبل الواقف بعد وفاته على بعض الآراء ، لا بالاجماع .

(د) هذا وما ادعينا أن إقامة ناظر يعتبر عقد وكالة من كل الوجوه ، بل إنه وكالة من وجهة أن يده نائبه ، وأنه إن كان معيناً من الواقف فى حياته أو من قبل القاضى فهو وكيل عن القاضى ، وإن كان معيناً من قبل الواقف بعد وفاته ، فهو وصى مختار له كل أحكام الأوصياء المختارين . فإن فقهاء الحنفية متأخريهم ،

ومتقدميهم قد حكموا بأن ناظر الوقف المعين من قبل الواقف بعد وفاته ــ أحكامه تستمد من أحكام الأوصياء المختارين ، وقد قررت محكمة النقض فى عدة من الأحكام بأن الوصى تنطبق عليه المادة ٢٩٦ ، فإذا لم تقرر بأن الناظر مسئول جنائياً بحكم تلك المادة تكون قد فرقت بين أمرين قد جمعها الشارع المختص ، وأعطاهما أحكاماً واحدة فقهية واحدة ، وأوجب لهما آثاراً متحدة .

(ه) وهبنا قد وافقنا محكمة النقض على كل ما ذكرته من فروق بين مطلق وكيل ، وناظر الوقف ، فهل ينتج من هذا هذا أن ناظر الوقف لا يصح أن تطبق عليه مادة ٢٩٦ بعد أن تقرر من أقوال الشراح ومن أحكام المحاكم أنه يصح أن يقاس على العقود التى نصت عليها كل ماهو فى معناه ، ويؤدى مؤداها ؟ إن ناظر الوقف لو سلمنا بالفروق بينه وبين مطلق وكيل قد تحقق فيه مناط العقوبة فى جريمة الخيانة إذا بدد أو اختلس أو تصرف فى الغلات تصرف الملاك ، فإن مناط العقوبة فى جريمة الخيانة كما قال الشراح : « اغتيال الجانى شيئاً منقولا سلم إليه على سبيل الأمانه ، أو التصرف فيه تصرف المالك إضراراً بمالكه ، أو صاحب اليد عليه » ولاشك أن ذلك متحقق فى ناظر الوقف المبدد المختلس للغلات المتصرف فيها تصرف الملاك فى أملاكهم ، فإن الغلات قد سلمت إليه على سبيل الأمانة ، إذ أن يده يد أمانه ، كما قرر الفقهاء ويده يد نائبه ، وليست يدا أصيله ، فلا معنى إذن لأن تطبق عليه أحكام جريمة الخيانه ، وقد تحقق فيه معناها .

لو أن رجال القانون سلكوا فى فهم نصوص تلك المادة مسلك فقهاء الظاهرية من حيث وقوفهم عند ظواهر النصوص ، دون أن يقايسوا بينها وبين غيرها ، ويلحقوا بها أشباهها ونظائرها ، لتقبلنا حكم محكمة النقض بقبول حسن ، ولكان صوابا من كل الوجوه لا يحتمل خطأ ، لكن قد تضافرت كلمات رجال القانون على أن تلك المادة معقولة المعنى ، تقبل القياس ولم يسلكوا مسلك الظاهرية ، بل سلكوا مسلك فقهاء الرأى ، فحق عليهم إذن أن يطبقوها على نظار الوقف ،

لأن معناها يتحقق فيهم ، ولأن مال الأحباس فى حاجة إلى المحافظة عليه بزجر السلطان ، إذ ابتعد الناس عن وعظ القرآن .

ولو أن معاقبة النظار بمقتضى المادة ٢٩٦ ع كان قد ساد لـكان فيه بعض الردع ، ولقضى على بعض ما كان يقع من المظالم، ولمنع بعض أسباب الخلاف ، ولـكان برداً وسلاماً على قلوب الضعفاء ، ورحمة لبعض صرعى الأوقاف ، ولقد رفعنا إبان ذاك عقائرنا إلى حضرات الأكرمين الذين كانوا يفكرون فى تعديل قانون الوقف أن يسدوا النقص فى قانون العقوبات ، ويزيلوا الريب ، ويدفعوا الالتباس ويحدوا عقوبة تلتئم مع جرم الناظر الخائن ، وتوائم آثار جنايته ، حتى يكون عقابه بنص القانون وظاهره ، لا بالقياس والتأويل ، وحتى لايكون مجال للريب فى استحقاقه العقوبة .

كنا نعتقد أنه بوضع قانون دقيق محكم لمحاسبة النظار ، مع وضع العقوبة الرادعة تحفظ الحقوق ، وتصان الغـلات ، ويحسم باب من أبوب الخلاف ، ولا يستشرى قوى فى مال ضعيف ، ولا تصبح الأوقاف مرعى خصبا لنظارها ، ومكانا جدبا لمستحقيها ، فان الناس لايسيرون على الجادة ، الا اذا سيطرت عليهم رقابة فاحصة كاشفة ، ومقامع من الزواجر القانونية ، والتعزيزات المنظمة التى تدفع المفسد الى الاصلاح دفعا ، وتكون حدا يعلن قوة الحق ، فيسير الناس فى طريقه برهبة العقاب ، ورغبة الثواب ، وسيطرة الوجدان ، والشعور برضا الديان . وقد استجاب الذين ضعوا القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ لندائنا ، فصرح فى المادة المتممة للخمسين أن الناظر يعتبر وكيلا عن المستحقين كما تبين .

الولاية على الوقف فى القوانين المتتالية بمصر

٣٣٢ — أشرنا فى بعض ما تقدم إلى تعديلات فى الأحكام جاءت بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ، وقد آن لنا أن نستبدل بهذه الإشارة عبارات موضحة ، وخلاصة ما جاء به هذا القانون من تعديلات تتعلق بالولاية على الوقف تتجلى فيما يلى :

أولها : أنه أبطل الإقرار بالنظر ، فقد كانت الأحكام الفقهية تسوغ للناظر أن يقر بالنظر لغيره ، ويكون إقراره صحيحاً ملزماً له ، ويتولى بمقتضى هذا الإقرار النظر على الوقف ، وفى ذلك بلا ريب نجد أن الإقرار قد تعدى إلى غير المقر له ، وهو الاستيلاء على أعيان الوقف ، مع أنه من القواعد المقررة الثابتة أن الإقرار لا يتجاوز المقر إلى إلى غيره ، ولذلك جاء القانون بإبطال ذلك ، لأنه كان يؤدى إلى بيع الأوقاف بهذا الطريق ، وقد أبطل بالمادة ٤٤ من هذا القانون وهذا نصها :

« يبطل إقرار الناظر لغيره بالنظر على الوقف منفردا كان أو مشتركا » .

ثانيها : أنه أجاز قسمة النظر متبعاً فى ذلك الأحكام الفقهية التى اشتمل عليها المذهب الحنبلى ، والمذهب المالكى ، وقد كان ذلك علاجا لاختلاف المستحقين مع النظار ، ودواء ناجعاً للاسترخاء الذى كان يصيب المستحقين الذين كانوا يعيشون فى كسل حتى تجىء إليهم الغلات فى مواسمها كاملة أو منقوصة ، على حسب نزاهة الناظر ، ويقظتهم . وقد نصت على القسمة وجعل كل مستحق ناظر على حصته المواد ٤٠ ، ٤١ ، ٤٢ ، ٤٣ ، ٤٦ ، ٤٨ .

مادة ٤٠ — لكل مستحق من المستحقين أن يطلب فرز حصته فى الوقف متى كان قابلا للقسمة ، ولم يكن فيها ضرر بين ، ويعتبر الناظر على الحصة الخيرية قانوناً كأحد المستحقين فى طلب القسمة ، وتحصل القسمة بواسطة المحكمة وتكون لازمة .

مادة ٤١ — إذا شرط الواقف فى وقفه خيرات أو مرتبات دائمة معينة المقدار أو فى حكم المعينة وطلبت القسمة فرزت المحكمة حصة تضمن غلتها ما لأرباب المرتبات بعد تقديرها طبقاً للمواد ٣٦ ، ٣٧ ، ٣٨ ، على أساس متوسط غلة الوقف فى خمس السنوات الأخيرة العادية ، وتكون لهم غلة هذه الحصة مهما طرأ عليها من زيادة أو نقص .

مادة ٤٢ — إذا قسم الموقوف بين المستحقين يؤدى كل مستحق للخيرات أو المرتبات غير الدائمة ، أو غير معينة المقدار ما يناسب حصته فى الوقف

مادة ٤٣ — لا تجوز قسمة الموقوف فى حياة الواقف إلا برضائه ويجوز له الرجوع عنها .

مادة ٤٦ — إذا قسمت المحكمة الوقف ، أو كان لمستحق نصيب مفرز وجب إقامة كل مستحق ناظراً على حصته متى كان أهلا للنظر .

مادة ٤٨ — إذا لم يقسم الوقف لا تقيم المحكمة عليه أكثر من ناظر واحد ، إلا إذا رأت المصلحة فى غير ذلك . ولها فى حال تعدد النظار أن تجعل لأكثريتهم حق التصرف فيما يختلفون فيه .

وفى جميع الأحوال يجوز إفراد كل ناظر بقسم من الوقف يستقل بالنظر عليه .

٣٣٣ — ولا شك أن تقسيم الوقف بين المستحقين وجعل كل مستحق ناظراً على حصته قد يؤدى إلى خراب الوقف كما أشرنا من قبل إذا لم يكن المستحق من بعده ليس من ذريته ، كأن يكون جهة بر ، ولذلك احتاط القانون بحكم عام ، وهو تخصيص مقدار معين بالنسبة لإيراد الوقف يخصص للعمارة كل عام ، وهذا ما نصت عليه المادة ٥٤ وهذا نصها :

« يحتجز الناظر كل سنة ٢,٥ ٪ من صافى ريع الوقف يخصص لعمارته ، ويودع ما يحتجز خزانة المحكمة ويجوز استغلاله إلى أن يحين وقت العمارة ، ولا يكون الاستغلال والصرف إلا بإذن من المحكمة .

أما الأراضى الزراعية فلا يحجز الناظر من صافى ريعها إلا ما يأمر القاضى باحتجازه للصرف على إصلاحها أو لإنشاء أو تجد المبانى الموقوفة التى شرط الصرف عليها من هذا الريع بناء على طلب ذوى الشأن .

وللناظر ، ولكل مستحق إذا رأى المصلحة فى إلغاء الأمر بالاحتجاز أو تعديله أن يرفع ذلك إلى المحكمة لتمرر ماترى فيه المصلحة . وتطبق هذه الأحكام ما لم للواقف شرط يخالفها » .

وإن نص هذه المادة عام يشمل الحال التى يكون فيها كل مستحق ناظر على حصته ، ولا يستثنى منها ، بل إن الداعى إلى هذا التخصيص ألزم فى هذه الحال.

٣٣٤ — ويلاحظ أن المادة ـ ٤٣ ـ التى نقلنا نصها من قبل تقرر أن الواقف مادام حيا لاتصح القسمة بغير رضاه ، وإذا رضى وقتا فله أن يرجع فى رضاه.

والأساس فى ذلك أنه هو الناظر مادام حيا بمقتضى رأى أبى يوسف الذى كان معمولا به من قبل ، فإن المقرر عنده أن صلة الواقف بوقفه كصلة العتيق بمن أعتقه ، فللمعتق الولاء على العبد ، فيكون للواقف النظر على وقفة ، ويتشابه العتق مع الوقف فى كون كل منهما إسقاطا للملكية ، للاحتساب عند الله ، فكلاهما تمليك لله تعالى ، مالك الملك ذى الجلال والإكرام .

وما دام ذلك هو الحكم المقرر ، فإن كل من يتولى فى حياته لابد أن يكون بتوكيل منه ، فإذا رضى بالقسمة وقتا فهو كالموكل قد أناب عنه كل مستحق فى تولى إدارة حصته ، وللموكل أن يعزل الوكيل فى أى وقت شاء .

٣٣٥ — وثالث الأمور التى جاء بها القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ خاصا بالولاية على الوقف ـ أنه منع أن يكون للوقف ناظر من غير المستحقين إذا كان فيهم من هو أهل للنظارة ، وذلك إذا لم يكن ثمة شرط للواقف ، وهذا ما جاءت به المادة ـ ٤٩ ـ وهذا نصها :

لا يولى أجنبي على الوقف إذا كان فى المستحقين من يصلح للنظر عليه ، فإذا

اتفق من لهم أكثر الاستحقاق على اختيار ناظر معين أقامه القاضى إلا إذا رأى مصلحة فى غير ذلك .

ويعتبر صاحب المرتب كمستحق بنسبة مرتبه فى ريع الوقف ، ويقوم ممثل عديم الأهلية أو النائب مقامة فى الاختيار . وتقرر هيئة التصرفات انتهاء ولاية الناظر الأجنبي متى وجد من المستحقين من يصلح لها .

ويلاحظ فى تعبير هذه المادة نقصا ، لأنها ذكرت قيام ممثل عديم الأهلية أو الغائب مقامه فى الاختيار ، ولم تذكر حال ناقص الأهلية كالصغير المميز ، والمعتوه المميز ، كما لم تذكر المحجور عليه وهو السفيه وذو الغفلة ، فإن هؤلاء لايدخلون فى عموم كلمة عديم الأهلية ، إذ الاصطلاح الفقهى يعد فاقد الأهلية هو المجنون والمعتوه غير المميز والصغير غير المميز ، ولا يعد السفيه وذا الغفلة وغيرهما من فاقدى الأهلية ، ولذلك كان التعبير بعدم الأهلية والاقتصار عليه غير دقيق أو قاصر .

٢٣٦ — الأمر الرابع الذى اشتمل عليه القانون بالنسبة للولاية أنه قرر أنه لا يولى على الأوقاف الخيرية أحد من غير أقارب الواقف إذا كان فيهم من يصلح للولاية عليه ، وذلك جاء فى المادة ـ ٤٧ ـ ونصها :

إذا كان الوقف على جهة كان النظر عليه لمن شرط له ، ثم لمن يصلح له من ذرية الواقف وأقاربه ، ثم لوزارة الأوقاف . هذا مالم يكن الواقف غير مسلم ، وكان مصرف الوقف جهة غير إسلامية ، فإن النظر يكون لمن تعينه المحكمة ، مع ملاحظة أن هذا الترتيب ترتيب صلاحية » .

ويلاحظ أن هذه المادة فيها أمران جديران بالتوضيح :

أحدهما : ذكرها أن هذا الترتيب ترتيب صلاحية أى ليس ترتيب وجود ، والفرق بين الأمرين أن ترتيب الوجود يكون مؤداه أن الولاية على الوقف تكون شاغرة من شرط الواقف ، إذا أصبح الناظر غير صالح للولاية وهو لايزال

على قيد الحياة ، فإنه في هذه الحال تكون الولاية للقاضي المختص ، ولو كان من غير ذرية الواقف المشروط لهم بعده — من هو صالح للنظر ، فلو لم يكن من ذرية الواقف من يصلح للنظارة ، واشترط الواقف أن يكون بعدهم لأقرب أقاربه ، فإن النظارة تكون للقاضي .

إما إذا كان الترتيب ترتيب صلاحية ، فإنه إذا ثبتت عدم الصلاحية في بعض ذرية الواقف، فإن النظر يكون لمن يليه ، من غير أن يتدخل القاضي بالتعيين إلا لأجل التمكين من النظر ، ولا يكون قراره فيه قرار تعيين بل قرار تمكين .

ولأن الولاية بحكم هذه المادة أمر تنظيمي ولو لم يكن نص من الواقف بها — كان النظر إلى الصلاحية ، لا إلى الوجود ، لأنه ليس من المعقول أن يتقيد التنظيم بمجرد الوجود ، بل إنه يقيد فقط بالمصلحة .

الأمر الثاني : أنه قد استثنيت الأوقاف غير الإسلامية التي وقفها غير المسلم . وسنجد ذلك الاستثناء في كل قانون جاء بعد ذلك لتنظيم النظارة .

ومع اعتراضنا على ذلك المبدأ الذي لا يسوى بين نظار الأوقاف ، والذي كان يجعل هيئة خارجة على كل تنظيم للولاية على الوقف — نقرر أن القانون يحتاج إلى تفسير أو توضيح ، ذلك أن الاستثناء يقتضي قيدين :

أحدهما : أن يكون الواقف غير مسلم .

وثانيهما : أن تكون الجهة الموقوف عليها جهة غير إسلامية .

ولا شك أن القيد الأول واضح ، لا يحتاج إلى تفسير ، أما الثاني ، وهو الجهة غير الإسلامية فما هي ! ! لا شك أن الوقف على المعابد وقف على جهة غير إسلامية ، وقريب من ذلك الوقف على مدارس اللاهوت ، فإن هذه لا تعد جهة جهة إسلامية إذا كانت دراستها اللاهوت خاصة ، أو لتخريج القسس والأحبار ، ولو كانت معها دراسات مدنية تعين على التخصص في مسائل الدين .

ولكن الوقف على فقراء الملة أو الطائفة : أيعد وقفاً على جهة غير إسلامية ؟

إن العمل جرى على ذلك ، فإنه يندر أن يكون فى وزارة الأوقاف وقف كان الموقوف عليهم غير مسلمين ، وذلك النادر يكون سببه أن يكون الواقف قد اشترط ولاية وزارة الأوقاف فى وقفه ، أو يكون وقف مسلم .

والحق أن فقراء غير المسلمين لا يصح أن يكون الصرف عليهم صرفا على جهة غير إسلامية ، وإن كان المنتفعون بالفعل ليسوا مسلمين . ذلك أن الإنفاق على فقراء أهل الذمة وسد حاجاتهم من الأمور الواجبة على بيت مال المسلمين ، وأخبار الحكام العادلين فى ذلك كثيرة .

ومن ذلك ما روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وجد شيخاً كفيفاً يتكفف الناس ، فأخذه من يده وقال له ما أنصفناك أخذنا منك الجـــزية صغيرا ، وضيعناك كبيراً ، ثم قال لخازن بيت المال أجر لهذا وأضرابه من فقراء أهل الذمة رزقاً مستمراً ، وأجرى على الرجل رزقاً دائما إلى وفاته .

ولقد قرر فقهاء المسلمين أن من وقف على طائفة من فقراء أهل الذمة واشترط ألا يستحق من أسلم ، فإن وقفه يكون صحيحا لازماً ، ولقد ذكر فقهاء الحنفية أن من أسلم منهم يسقط استحقاقه ، ولم يخالف فى ذلك إلا الطرسوسى فى كتابه أنفع الوسائل . وقد انتقد هذه المخالفة كمال الدين ابن الهمام فى كتابه فتح القدير .

وإنه بهذا التخريج الفقهى السليم ننتهى إلى أن الوقف على فقراء غير المسلمين يعد وقفا على جهة إسلامية وتفسر الجهة تفسيرا علميا بأن يقال إن الجهة الإسلامية هى الجهة التى سوغ الإسلام الصرف عليها ، ومن جنسها واجب فى بيت مال المسلمين ، وبذلك لا يخرج إلا المعابد ، فإنها وحدها هى التى ليس من جنسها واجب فى بيت مال المسلمين .

وإن التمسك بغيره ، تمسك بالمدلول اللفظى للكلام ، لا بالمعـــانى العلمية السليمة .

محاسبة النظار

٣٣٧ — لم يكن ثمة نظام ثابت مقرر لمحاسبة النظر ، وقد تقدمت اقتراحات حسنة في الجملة قبل القانون رقم - ٤٨ - لسنة ١٩٤٦ - وكان الحساب على حسب المقررات الفقهية يكون عند تقديم شكوى ، والمطالبة بين يدى القضاء بالحقوق المنقوصة ، أو طلب العزل للخيانة أو نحو ذلك ، أى أن الحساب يكون على وقوع الخيانة والظلم ، لا للوقاية منهما .

ومن أجل ذلك كانت الاقتراحات ، وكلها كان يتجه إلى جعل الحساب إلزاميا

ولكن لما وصلت هذه الاقتراحات إلى الدور التشريعي لم يكن ثمة إلزام بالحساب الدورى السنوى ، كالشأن فى شئون الأوصياء على أموال القصر ، بل كان الحساب عند نظر الدعوى الخاصة بتصرفاته أو اتهامه ، ولا شك أن ذلك فيه ضعف ، إذ أن الرقابة لا تكون ثابتة بشكل مستمر .

٣٣٨ — وقد اشتملت المواد ٥٠ ، ٥١ ، ٥٢ ، ٥٣ على نظام محاسبة النظار .

فقررت المادة المتممة للخمسين أن الناظر يعتبر أميناً على مال الوقف ، ووكيلا عن المستحقين ، ولا يقبل قوله فى الصرف على شئون الوقف أو المستحقين إلا بسند عدا ماجرى العرف على عدم أخذ سند به .

وقررت هذه المادة أيضا أن الناظر مسئول عما ينشأ من تقصيره الجسيم نحو أعيان الوقف وغلاته ، وهو مسئول أيضا عن تقصيره اليسير إذا كان له أجر على النظر .

وواضح أن التفرقة بين الجسيم واليسير من تقدير القاضى ، وأن الناظر إذا كان له أجر محاسب على التقصير من أى نوع ، وسواء أكانت أجرته مقدرة من الواقف ، أم كانت مقدرة من القاضى ، لأنه أجير والأجير مسئول عن كل تقصير يتعلق بعمله .

وقد نصت الحادية والخمسون على وجوب تقديم الحساب وأسبابه وعقاب الناظر

عدم تقديمه ، فذكر أنه إذا كاف الناظر فى أثناء نظر الدعوى أو نظر تصرف تقديم حساب عن الوقف المشمول بنظره ولم يقدمه مؤيدا بالسندات فى الميعاد الذى حددته له المحكمة ، أو لم ينفذ ما كلفته ، بما يتعلق بالحساب جاز لها أن تحكم عليه بغرامة لاتزيد على خمسين جنيها ، فإذا تكرر الامتناع جاز لها زيادة الغرامة إلى مائة جنيه ، ويجوز للمحكمة أن تمنح باقى الخصوم فى الدعوى هذه الغرامة أوجزءا منها ، ويجوز لذلك حرمان الناظر من أجر النظر كله أو بعضه .

وإذا قدم الناظر الحساب أو نفذ ما أمر به ، وأبدى عذرا مقبولا عن التأخير جاز للمحكمة أن تعفيه من كل الغرامة أو بعضها ، وأن ترد إليه ما أخذ من أجر النظر ، كله أو بعضه .

ونصت المادة الثانية والخمسون على أنه يجوز للمحكمة فى أى درجة من درجات التقاضى فى أثناء النظر فى أى تصرف أو دعوى متعلقة بالوقف أن تحيل الناظر على محكمه التصرفات الابتدائية إذا رأت مايدعو إلى النظر فى عزله .

ونصت المادة الثالثة والخمسون على أن لمحكمة التصرفات عند النظر فى موضوع العزل أن تقيم على الوقف ناظراً مؤقتاً يقوم بإدارته ، إلى أن يفصل فى أمر العزل نهائياً ، وذلك كله بعد تمكين الناظر من تقديم دفاعه .

هذه خلاصة المواد التى اشتملت على أحكام الحساب ، ونرى منها أن الحساب يكون عند طلبه حال النظر فى تصرف من تصرفاته أو رفع دعوى عليه ولا يقدم دورياً كما نوهنا .

٣٣٩ — ومهما يكن أمر الحساب من حيث وقته وسببه ونتائج ذلك الحساب ، فقد حصل استثناء من تطبيق مواد المحاسبة وهذا الاستثناء يتعلق بالأوقاف التى تصدر عن الملك قبل القانون أو بعده ، والأوقاف التى تكون الولاية عليها للأوقاف الملكية أو تشرف عليها وإن لم تكن لها عليها الولاية ، سواءا صدرت بعد العمل بهذا القانون أم صدرت قبله .

بل إن أكثر أحكام القانون استثنيت منها أوقاف الملك ، والأوقاف التى تديرها الخاصة الملكية ، بولاية أو بغير ولاية ، ولم يطبق من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ على هذه الأوقاف إلا ما يتعلق بإنشائه وجواز الرجوع فيه .

وبذلك كان هذا القانون مسجلا أن القانون يطبق على طبقة المحكومين ، ولا يطبق على الحاكم ، وذلك بلا ريب بِدْعٌ فى الإسلام ، وسبحان مالك الملك ذى الجلال والإكرام ، وصلى الله على محمد صلى الله عليه وسلم فقد قال : « لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها » .

« قل اللهم مالك الملك تؤتى الملك من تشاء ، وتنزع الملك ممن تشاء ، وتعز من تشاء ، وتذل من تشاء بيدك الخير ، إنك على كل شىء قدير » .

أحكام النظر بعد الغاء الوقف الأهلى

٣٤٠ – بعد صدور القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ انتهى الوقف الأهلى ، وانتهت بمقتضاه نظاره الأوقاف الأهلية ، ولكن بقيت أيدى النظار على الأوقاف حتى يتم تسليمها إلى المستحقين الذين صاروا ملاكا ، ثم آلت من من بعد ذلك إلى وزارة الأوقاف ، حتى تتم هذه القسمة .

أما بالنسبة للوقف الخيرى ، فإنه قد صدرت عدة قوانين متوالية تنظم الولاية عليها ، وأولها القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ ، وهو مكون بعد الديباجة من مواد أربع

المادة الأولى: إذا لم يعين الواقف جهة البر الموقوف عليها ، أو عينها، ولم تكن موجودة أو وجدت مع وجود جهة بر أولى منها جاز لوزير الأوقاف بموافقة المجلس الأعلى وإجازة المحكمة الشرعية أن يصرف الريع كله أو بعضه على الجهة التى يعينها دون التقيد بشرط الواقف

المادة الثانية : إذا كان الوقف على جهة بر كان النظر عليه بحكم هذا القانون لوزارة الأوقاف مالم يشترط الواقف النظر لنفسه أو لمعين بالاسم .

فإذا كان الوقف ضئيل القيمة أو الريع أو كان على جهة بر خاصة أو لفقراء الأسرة جاز لوزارة الأوقاف أن تنزل عن النظر لأحد أفراد أسرة الواقف ، ولا ينفذ النزول إلا بتولية الناظر الجديد .

المادة الثالثة : ومع ذلك إذا كان الواقف غير مسلم والمصرف جهة غير إسلامية كان النظر لمن تعينه المحكمة الشرعية مالم يشترط الواقف النظر لنفسه أو يعين بالاسم .

المادة الرابعة : على كل ناظر لوقف مستقل أو شائع ، سواء انتهت نظارته أو بقيت – أن يخطر وزارة الأوقاف بأعيان الوقف ومقره مرفقا بالاخطار جميع

الإشهادات ، المتضمنة الزيادة فيه أو الاستبدال منه أو صورها الرسمية أن على يكون الإخطار بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول فى مدى ثلاثة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون .

وعلى من انتهت نظارته أن يسلم أعيان الوقف للوزارة مع جميع الأموال التابعة له والبيانات والمستندات المتعلقة به ، وذلك فى مدى ستة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون .

ويعتبر الناظر حارسا على الوقف حتى يتم تسليمه .

٣٤١ — ونرى من هذا أولا أنه جعل الولاية على الوقف لوزارة الأوقاف مالم يشترط الواقف النظر لنفسه أو لمعين بالاسم ، وأجاز لوزارة الأوقاف أن تنزل عن النظر لأقارب الواقف إذا كان الوقف ضئيل القيمة ، أو كان على فقراء الأسرة ، أو على مصرف خيرى خاص .

وأجاز القانون للمجلس الأعلى للإوقاف بإذن المحكمة الشرعية أن يغير غير مقيد بأى قيد مصارف الوقف ، وقد انتقل فى هذا اختصاص المجلس بعد إلغائه ، والمحاكم الشرعية بعد إدماجها إلى لجنة الأوقاف التى ألفت بالوزارة على ما بينا من قبل عند الكلام فى الاستبدال .

وقد غيرت مصارف أوقاف كثيرة لا تتفق مع مقاصد الواقفين ، وما كان ذلك فى مصلحة الأوقاف ، ولا مصلحة الجهات ، إذ كيف يسوغ تغيير مصارف وقف رصد على تشجيع مذهب فقهى ، بجعله على الفقراء ، إنه يجب أن يكون التغيير فى دائرة مقصد الواقف ما أمكن، إلا إذا كان عدم التغيير يؤدى إلى حرمان جهات البر الأخرى ، فإنه يغير فى دائرة سد الحاجة وبمقدار الضرورة .

وقد اشتمل القانون على امتياز تناله دائما الطوائف غير الإسلامية ، وهو جعل النظارة على أوقاف غير المسلمين خارجا عن اختصاص وزارة الأوقاف ، ولا ندرى

لماذا يبقى ذلك الامتياز ، وقد أدمجت ميزانية الأوقاف فى الميزانية العامة للدولة ، فلم يبق لهذا التمييز موضع بحال من الأحوال .

٣٤٢ — وقد جاء بعد ذلك القانون رقم ٥٤٧ لسنة ١٩٥٣ فسلب حق الواقف فى أن يكون النظر من بعده لمن يعينه بالاسم ، وهذا نص الفقرة الأولى من المادة الأولى :

يستبدل بالمادة الثانية من القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٢ المشار إليه النص الآتى :
« إذا كان الوقف على جهة بر كان النظر عليه بحكم القانون لوزارة الأوقاف مالم يشترط النظر لنفسه » .

وجاء بعد ذلك القانون رقم ٢٩٦ لسنة ١٩٥٤ — فأبقى حق الواقف مقصوراً على ما قصر عليه ، ولكن جعل لوزارة الأوقاف الحق فى النزول عن النظر إلى الجهة إذا كان لها من يمثلها ، وهذا نص ما جاء فى المادة الثانية منه « إذا كانت جهة البر جمعية أو هيئة جاز لوزارة الأوقاف أن تنزل عن النظر لهذه الجمعية أو هذه الهيئة ، ولوزارة الأوقاف لسبب موجب للعزل أن تطلب من المحكمة المختصة عزل الجمعية أو الهيئة ، وبعزل أيهما يعــــود النظر إلى الوزارة ، وقد ألغى حق التقاضى إلى المحكمة بالقانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٩ ، وجعل ذلك للجنة الأوقاف وحدها . وجاء بعد ذلك القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٧ ، فجعل للجنة وزارة الأوقاف الحق فى تغيير المصارف من غير الالتجاء للقضاء .

١٢ — والآن بعد التحكم فى إرادة الواقفين وقطع العلاقة بينهم وبين أوقافهم أحجم الناس عن الوقف احجاما كليا وسد باب كبير من أبواب الخير ، وقد رئى فتح الباب ، فاقترح ما يأتى :

(ا) أن يكون للواقف حق اشتراط أن يكون الريع لنفسه مدى الحياة ، وقد استجيب لهذا بالقانون الصادر سنة ١٩٦٠ .

(ب) أن يكون النظر على الوقف للواقف من غير اشتراط ، لأنه إذا كان له

الرجوع يجب بالأولى أن يكون له حق النظر ، وأن يكون النظر لغيره بالاشتراط بالاسم ، إلا أن يشترط النظر لأولاده ، فإن النظر يكون لهم ما دام فيهم من يصلح ولا يكون ذلك إلا للطبقة الأولى من أولاده .

(ح) يجب ألا يكون التغيير فى مصارف الوقف مناقضا لمقصد الوقف ، فإذا وقف على إخراج كتب قديمة وطبعها لا يصرف على الفقراء ، بل يصح أن يكون فى إعادة كتب مطبوعة ، وإذا كان الوقف على علماء مذهب ، وأريد التغيير فإنه يكون الصرف على طبع كتب هذا المذهب ، لأن مقصد الواقف نشره .

وإنا لنرجو أن يكون هذان الأمران فى موضع الاعتبار عند إعداد المشروع الموحد للأوقاف ، لينفتح الباب أمام من يريدون الخير ، ولا يحسون ضيقا فى تصرفاتهم أو تحكما فى إرادتهم ، والله هو العليم الحكيم ؟

فهرس

٤٧ — فقـــه الوقف

٥٨ — إنشاء الوقف

١٠٦ — الملكية فى الوقف

١١٧ — محل الوقف

١٢٧ — ملكية الوقف للعين المراد وقفها

١٣٦ — الواقف

١٥٥ — شروط الواقفين

١٨٣ — الاستبدال

٣١٨ — الاستحقاق فى الوقف الأهلى

٣٥٤ — الولاية على الوقف